جمهورية العراق
رئاسة ديوان الوقف السني
كلية الإمام الأعظم الجامعة
قسم الفقه وأصوله



استنباط أحكام المعاملات المصرفية المعاصرة من المصادر التبعية

دراسة اقتصادية أصولية

وهي جزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه
تخصص (فقه معاملات مالية)

الطالب
علي سالم أحمد سيالة

بإشراف
الأستاذ المساعد الدكتور
أحمد عليوي حسين الطائي

١٤٣٧هـ بغداد ٢٠١٦م

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

﴿قُل لَّوۡ كَانَ ٱلۡبَحۡرُ مِدَادٗا لِّكَلِمَٰتِ رَبِّي لَنَفِدَ ٱلۡبَحۡرُ قَبۡلَ أَن تَنفَدَ كَلِمَٰتُ رَبِّي وَلَوۡ جِئۡنَا بِمِثۡلِهِۦ مَدَدٗا ١٠٩﴾ الكهف

إن البحار كيفما فرضت في الاتساع والعظمة فهي متناهية، وعلم الله غير متناهٍ، والمتناهي لا يفي البتة بغير المتناهي، فلو كتبتْ كلماتُ الله وحِكَمُهُ وكان البحر مداداً لها لنفدَ قبل أن تنفدَ الكلمات، والمداد أسمٌ لما تمدُّ به الدواة ومن الحبر، وكما يمدُّ السراج من السّليط.

شكر وثناء

قبل كل شيء نشكر الله ونحمده كثيراً على هذه النعمة الطيبة النافعة المثمرة، نعمة العلم والبصيرة الذي أعطاني القوة والعزيمة لإنجاز هذه الأطروحة، رب أوزعني أن اشكر نعمتك التي أنعمت عليَّ وعلى والديَّ وأن اعمل صالحاً ترضاه وأدخلني برحمتك في عبادك الصالحين.

وآتني اللهم من أسباب حفظ المعروف وشكر الجميل ما استعين به على شكر عبادك الذين أقر لهم بالفضل والمودة والعرفان على ما قدموه لي من عون في إخراج ثمرة هذا الجهد المتواضع، إنك نعم المولى ونعم الوكيل.

أتوجه بالشكر والتقدير لأستاذي المشرف الفاضل الدكتور أحمد عليوي حسين الطائي، الذي تفضل بقبول الإشراف على أطروحتي، وأفادني بتوجيهاته ونصحه وإرشاداته، فأسالُ الله تعالى أن يثيبه ويتقبل منه، وأن يرفع درجته في الدنيا والآخرة.

وأتوجه بالشكر الخالص لأساتذتي الفضلاء رئيس وأعضاء لجنة المناقشة الموقرة التي تفضلت علي بقبول مناقشتي في أطروحتي هذه التي ستحظى بشرف توجيهاتهم وفيض ملاحظاتهم عليها، وأسأل المولى القدير أن يفتح عليهم بما يسدد هذا الجهد المتواضع، ويظهره بأكمل صورة ممكنة، وأن يجعل فيما يدلون به جبرا لنقصانها وتقويما لمضامينها.

كما أتقدم بالشكر موصول بالعرفان ووافر الامتنان لفضيلة الأستاذ الدكتور محمد رياض فخري الطبقجلي، الذي قدّم لي المساعدة ولم يبخل عليَّ بالنصائح والإرشادات.

كما أتقدم بالشكر لكل من ساعدني من قريب أو بعيد بإعارة كتاب أو توضيح أو إرشاد أو تشجيع على استغلال الوقت أو دعوة صادقة، فلهم جميعاً مني الدعاء الخالص بأن يسدد الله تعالى على طريق الخير خطاهم.

الإهداء

أهدي عملي هذا إلى من كان السند القويم في السراء والضراء، إلى من كان قدوة في التربية والأخلاق (أبي) "رحمه الله تعالى" الذي علمني أن الحياة عمل وعطاء، ورباني على الالتزام بدرب العلم والاجتهاد فيه، فطوبى له وحسن مآب وهو في جوار ربٍّ كريمٍ.

كما أهدي هذا العمل إلى من سهرتْ وعانتْ في سبيل سعادتي وراحتي، إلى رمز الحنان والمحبة، إلى التي تدعو لي سراً وجهراً، ليلاً ونهاراً، الحبيبة الطاهرة الوفية، التي لا يكون للحياة طعم الا بوجودها وبركة دعائها أمي حفظها الله وأمدَّ في عمرها.

ولا يفوتني أيضاً أن أهدي عملي هذا إلى الأسياد الربانيين الكرام، الذين أخذت العلم من أفواههم العطرة، وإلى كل من يرفع لواء العلم أو ينصره أو يذود عنه.

وإلى شريكة الحياة العطاء المتدفق رفيقة دربي، وعون الطريق الصابرة الكتوم، زوجتي الوفية، خيرُ من آزرني، وشاركني التعب والسهر، وإلى أولادي الذين ساهموا في هذا الجهد بما اقتطعت من الوقت المخصص لرعايتهم، عسى ذلك أن يرفع همتهم، وأن يكون حافزاً لهم على العلم والاجتهاد.

إلى أختي الغالية وأخوتي الأعزاء، وإلى كل مسلم غيور على دينه ووطنه وعرضه، وكل معتقل وأسير قابع خلف القضبان، إلى هؤلاء جميعاً أهدي هذا الجهد المتواضع وفاءً وتقديراً.

المحتويـــات

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله الذي هدانا سلوك درب التفقه في الدين، وشرح صدورنا لاقتفاء آثار سلف المؤمنين، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، أحاط بكل شيءٍ علما ووسع كل شيءٍ رحمةً وعلماً، وأشهد أن سيدنا محمداً عبده ورسوله خاتم الأنبياء وإمام الأصفياء وسيد العلماء، وأكرم من مشى تحت أديم السماء، صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه ما جرى يراع، وطابت بذكره الأسماع وسلم تسليماً، أمـا بعد:

فإن الشريعة الإسلامية خاتمة الشرائع ومتممة، فهي أيسرها وأوسعها وأشملها وأكثرها مرونة، فبيسرها دخل الناس في دين الله أفواجا، وبمرونتها صلحت لكل عصر ومكان، واتسعت لكل جديد نافع يكتشف على مر العصور، ولولا ذلك لضاقت الشريعة؛ لأنّ النصوص متناهية والحادثات الزمنية متعددة، والواقعات مختلفة باختلاف أعراف العصور والأمصار، فالله تبارك وتعالى أراد بنا اليسر لرحمته ورأفته بهذه الأمة، فأنزل كتابه وأنطق نبيه صلى الله عليه وسلم بمختلف الدلالات ما بين عام، ومشترك، ومطلق، وخفي، وكناية وغيرها من المعاني، ويفلح المجتهد في استنباط الأحكام بمقدار ما بلغه وسعه وأدى إليه فهمه وعلمه، استناداً إلى الأدلة التي تبنى عليها الأحكام سواء كانت من المنقول،أو المعقول وكل ذلك صحيح ما دام الاستنباط جارٍ على وفق الضوابط والقواعد المقررة في علم أصول الفقه[1].

وهذه دراسة ذات صلة وثيقة بالمعاملات المالية المصرفية المعاصرة، تترتب عليها آثار ونتائج تتعلق بأعمال المصارف القائمة على أصول الإسلام وضوابطه في التعاملات المالية، فإن الحياة بمفاهيمها وأساليبها وحاجاتها قد امتازت بالتطور والتغير السريع، تبعاً للتقدم التقني والتطور الاجتماعي الذي أراد الله تعالى أن يكون، وقد وقع الاختيار على دراسة أثر نماذج مختارة من أدلة التشريع ومصادره المختلف في الاحتجاج بها في استنباط أحكام المعاملات المالية المصرفية المعاصرة، وهي الاستحسان والاستصلاح وسد الذرائع وفتح الذرائع والعرف، وقد اخترت هذه الأدلة لأهميتها والاحتجاج بها في استنباط أحكام النوازل والمسائل المستجدة وكثرة الاستناد إليها في إيجاد الحلول بقدر كبير دون غيرها.

هذا وإن هذه الأطروحة لم تستوعب الأدلة التبعية كلها في هذه الدراسة لأن ذلك ليس متيسرا للباحث، إذ التعليمات المتعلقة بالدراسات العليا تلزمه بوقت محدد ولا يحق له أن يتجاوز مقدارا معينا من الصفحات، ولأن الغرض بيان أثر ما لتلك الأدلة من أثر في استنباط أحكام المسائل المستجدة في المعاملات المصرفية.

وقد اشتملت هذه الأطروحة على دراسة كل دليل من ناحية أصولية نظرية، ثم بيان ما له من أثر في استنباط الحكم الشرعي العملي المتعلق بمسألتين من المسائل المعاصرة التي يجري التعامل بها في المصارف الإسلامية.

---

[1]) ينظر: ضوابط المصلحة، د. محمد سعيد رمضان البوطي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط/ الثانية، ١٩٧٧م، ص ٤٦- ٥٠.

وذلك لبيان ما لأصول الفقه من أثر في استنباط الأحكام الشرعية للنوازل والحوادث الطارئة من الأدلة التفصيلية، أو تخريجها على كليات فقهية أو مسائل فرعية، في ضوء الواقع وملابساته ومستجداته، لتنظيم أفعال المكلفين في شتى مرافق حياتهم وأعرافهم الجارية، ولربطهم في كل شأن من شؤونهم بخالقهم الذي له الحاكمية في كلِّ شيءٍ، إذ إنَّ أصول الفقه يبين أهمية هذه الشريعة بأن لها أسسها، ولها قواعدها في التشريع والتقنين، ولها طرقها ومنهجها في استخراج الحكم[1].

وقد هبتُ أول الأمر أن أقتحم غمار هذا الموضوع الواسع المترامي الأطراف، وأن أخوض فيما لا قبل لي به، إذ إن هذا البحث يتطلب من الباحث أن يكون أصولياً متعمقاً عالماً بجوانب الاتفاق والاختلاف في المصادر والمسائل الأصولية، ثم أن يكون ضليعاً في الاطلاع على المعاملات المصرفية المعاصرة في شتى جوانبها ومسارها، ومع اطلاعه على الأحكام الفرعية في مختلف المذاهب الفقهية، ثم أن يكون ذا قدرة فائقة على ربط الفرع بأصله ربطاً محكماً لا خلل فيه ولا اضطراب، وبيان أحكام كثيرةٍ في المستجدات أو النوازل المعاصرة.

هذا وإن دراسة علم أصول الفقه دراسة مثمرة تستلزم إعادة النظر في الإرث الفقهي العظيم الذي ورثناه عن الفقهاء الكبار من مختلف العصور في ضوء الواقع المعاصر وما تحتاجه الأمة من اجتهاد في حاضرها ومستقبلها، وفي إطار مقاصد الشريعة وما تقتضيه المصلحة العامة الكلية من جلب المنافع ودرء المفاسد، ورفع الحرج عن العباد وإبطال الحيل الفاسدة، وإبتعاداً عن التقليد الأعمى، والتعصب المذهبي فيما وسعه إعمال الرأي والاجتهاد من المسائل والقضايا الفقهية المالية المعاصرة؛ لأن الشريعة احترمتْ العقل وأطلقتْ الفكر، وامتازت بالمرونة، ورفع الضيق والحرج، وقد نبه إلى ذلك الطاهر بن عاشور بقوله: "وَلَقَدْ رَأَيْتُ النَّاسَ حَوْلَ كَلَامِ الْأَقْدَمِينَ أحد رَجُلَيْنِ: رَجُلٌ معتكف فِيمَا أشاده الْأَقْدَمُونَ، وَآخَرُ آخِذٌ بِمِعْوَلِهِ فِي هَدْمِ مَا مَضَتْ عَلَيْهِ الْقُرُونُ، وَفِي كِلْتَا الْحَالَتَيْنِ ضرّ كثير، وَهنالَك حَالَةٌ أُخْرَى يَنْجَبِرُ بِهَا الْجَنَاحُ الْكَسِيرُ، وَهِيَ أَنْ نَعْمِدَ إِلى مَا شاده الْأَقْدَمُونَ فَنُهَذِّبَهُ وَنَزِيدَهُ، وَحَاشَا أَنْ نَنْقُضَهُ أو نُبِيدَهُ، عَالِمًا بِأَنَّ غَمْضَ فَضْلِهِمْ كُفْرَانٌ لِلنِّعْمَةِ، وَجَحْدَ مَزَايَا سَلَفِهَا لَيْسَ مِنْ حَمِيدِ خِصَالِ الأمة[2]".

وفي دراسة المعاملات المصرفية المعاصرة وما فيها من قواعد وضوابط، فينظر فيما استجد في النوازل والوقائع غير المتناهية، ويميزها في عصرنا هذا أنها تحمل طابع العصر المتميز بالتعقيد والتشابك، والمتميز كذلك بالاختراعات العلمية والثورات التقنية، فيحتاج إلى النظر والتأمل مع استفراغ الجهد في آراء الفقهاء واختلافهم في المسائل الاجتهادية، والتبصر في أدلتهم وحججهم طلباً للحق والتحقيق، واختيار الأقوى والأرجح من آرائهم ومذاهبهم وأقاويلهم لتخريج الأحكام واستنباطها على مقاصد الشريعة في جلب المصالح ودرء المفاسد، أو استنباط أحكام المسائل المستجدة التي لم يرد فيه نص شرعي، أو اجتهاد مذهبي، أو خلاف فقهيٌّ من أصولها وأدلتها الكلية والجزئية، فالاعتناء بالاستنباط من آكد الواجبات المطلوبة؛ لأن النصوص الصريحة لا تفي إلا ببيان اليسير من أحكام المسائل الحادثة، وإذا أهمل الاستنباط فاتَ القضاء في

---

[1]) ينظر: المدخل إلى الاقتصاد الإسلامي، د. علي محيي الدين القرة داغي، دار البشائر الإسلامية– الطبعة الثانية – ١٤٣١هـ، ١٧٤/١ وما بعدها.

[2]) التحرير والتنوير، محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي (المتوفى: ١٣٩٣هـ)، الناشر: الدار التونسية للنشر – تونس، سنة النشر: ١٩٨٤م، ص ٧/١.

معظم الأحكام النازلة أو في بعضها، وفي هذا بيان ساطع ودليل قاطع على ما امتازت به هذه الشريعة من عموم وشمول ومرونة، وعناية بشؤون الحياة بحيث تكون سبيلا للنجاة، مع قيامها على أحسن حال من أحوال العمران[١].

وقد حاولت أن لا تخلو هذه الدراسة المنهجية من تحقيق وتحرير المدلول الشرعي بأسلوب سهل ميسر، وذلك في ضوء نصوص المصادر المتفق عليها، واجتهادات أهل العلم من عميق أفكارهم وأنظارهم، مع بيان ما يتعلق بذلك من ضوابط كلية، أو استثنائية مستنبطة من مصادر التشريع الأصلية أو التبعية، وما يتعلق بمفهوم المسألة من أحكام، وتعليلات، وتقسيمات، مع ذكر اتفاقات أهل العلم واختلافاتهم، نظراً إلى التعمق في القضية بدراسة علمية، فإنها تكشف عن حدودها ومعالمها، وتُحل إشكالاتها، وتوضح معضلاتها، وتعالج المعضلة إن أمكن معالجتها، الشاملة لمصالح ومنافع أفراد المجتمع وجماعته، والعلاقة بين المجتمعات التي لم يرد فيها نصٌ بحيث تستوعب مصالح الأمة ما دامت لا تتعارض مع أحكام الشريعة الثابتة، وتؤخذ بعين الاعتبار أثر المعاملة في تغير بعض الأحكام في اجتهادات الفقهاء جلباً للمنافع ودرءاً للمفاسد عن الأمة الإسلامية[٢].

ومن هنا تظهر أهمية دراسة الاقتصاد علماً، ونظاماً، ونظرية، وتطبيقاً، حيث الإفادة منه في التنمية والعمران، ووضع الاستراتيجيات الاقتصادية المناسبة، ومن حيث علاقته المباشرة بالمال الذي سمّاه الله: ﴿ قِيَمًا ﴾[٣]، للمجتمع، أي: سبباً لقيام المجتمع وحركته ونهضته، وليس بخافٍ ما للاقتصاد من أهمية في عالمنا المعاصر، فإنه يتعلق بالمال الذي هو قوام الحياة، ولذلك ترى معظم الصراعات الفردية والإقليمية والدولية بمختلف أطوارها، وعلى رأسها الأزمات الاقتصادية التي تعصف بكثير من البلدان بسبب الجشع وعدم الالتزام بالحق في التعاملات الاقتصادية.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى حدثت للناس وقائع لم تكن موجودة عند أسلافهم، وتطورت الحياة بجميع أشكالها تطوراً هائلاً سريعاً مذهلاً لم يمر مثله من قبل، فيستدعي عملية التفكير التي يمكن من خلالها استنتاج استدلال معين، يتم دائماً على وفق قواعد وضوابط أصول الفقه لتقليل أو منع الأخطاء، عند تغير الأحكام بتغير المدركات الشائعة، فإن كثيراً من أنواع المعاملات المصرفية المعاصرة انحرفت أو تغيرت عن مساريها الشرعي، فدخل فيها مقدار من الاختلاف، وهنا ينبغي مراعاة الأصل، حيث يجري الاستنباط على النتائج الاستقرائية، على وفق سلسلة من القضايا المرتبطة بالاستنباط، تقوم على أساس التطبيق الواعي للقوانين الاقتصادية، حيث تنمو أهمية هذه المهام باطراد مع سير التطور والتقدم، فلا يمكن القول ببقاء الحكم مع تغير الظروف والأحوال والحكم الاجتهادي، فقد راعت الشريعة طريق الترجيح في مثل هذا، بأن الأصل إرسال الناس في ميدان الواقع للنظر في مستوى المصلحة، من خلال المعاملات

---

[١]) ينظر: ضوابط المصلحة، البوطي، ص ٤٦- ٥٠.

[٢]) بحوث في الاقتصاد الإسلامي، د. علي القره داغي، دار البشائر الإسلامية، بيروت- لبنان، ط/الاولى ١٤٢٣ه- ٢٠٠٢م، ص٨.

[٣]) سورة النساء، من الآية ٥.

المعاصرة، وهذا ما دعاني للنظر إلى مآلات الأفعال في النوازل، والطرق العلمية المثلى للوصول إلى أحكامها.

وأيُّ مسألة وردت يمكن الاستدلال عليها بأدلة كثيرة، أصلية وتبعية، نقلية وعقلية، على جوازها أو عدم جوازها، ولكن الموضوع الرئيس لهذه الأطروحة، هو بيان أثر الاستدلال بأحد الأدلة التبعية على كل مسألة من المسائل الواردة في ثنايا دراستها، لنتبين أثر تلك الأدلة في استنباط أحكامها، وما لها من أثر في مرونة الشريعة الإسلامية وصلاحيتها للوفاء بأحكام المسائل المستجدة والطارئة.

❖ أسباب اختيار الموضوع:

إنه موضوع يجمع بين الأصالة والمعاصرة، مما يهيئ للباحث أن ينمي ملكته الأصولية، ويثري معلوماته الشرعية، وهو بمثابة الدربة في تنزيل الأحكام على الوقائع إلا إنها تحتاج إلى دراسة شرعية، وتقويم من الناحية الأصولية والناحية التطبيقية للمعاملات المصرفية[١].

فهو وجه من وجوه دراسة علم أصول الفقه دراسة تطبيقية، حيث تمتد آفاق هذا العلم الجليل لترتبط بعلم الاقتصاد؛ وفي ذلك إبراز الغاية المتوخاة من دراسة علم الأصول بشكل عملي، حيث إن الغاية معرفة مسار المعاملات المصرفية المعاصرة على وفق الأسس التي بينتها الأحكام الشرعية، وبالتالي يمكن معرفة ارتباط هذه الأحكام الفرعية بأسسها وأصولها، حيث لا يكاد يخلو هذا العصر من عقود المعاملات المالية سواء كانت بصيغة التبرع كالتأمين التعاوني، أو بتراخي التنفيذ كالتوريد والاستصناع، أو غاية النقد كالتورق، أو تحقيق المصلحة كالأسهم والسندات، وفي دراستها بيان أثرها لتتجلى لنا الأسس التي بنيت عليها الفروع، فيبرز بشكلٍ عمليٍّ ما للاختلاف في القواعد والأسس من أثر في الفروع والمسائل الجزئية، وينكشف لنا سر اختلاف المذاهب الفقهية في كثير من الأحكام، مما دفعني إلى اختيار هذا الموضوع، الجامع والمرتبط بمسائل الناس الحياتية، حول إثبات عدالة الأحكام الفقهية في مسائل شتى.

❖ **أهداف الاطروحة:** تهدف هذه الدراسة إلى تحقيق جملة من الأمور أهمها:

١. محاولة تبين مسائل مصرفية معاصرة على وفق بعض من الأدلة التبعية المختلف في الاحتجاج بها.
٢. نقل العلاقة بين كل دليل من تلك الأدلة التبعية المختارة للدراسة، لاستثمارها في عملية تبين الحكم الشرعي.
٣. تطبيق أحكام أدلة المصادر التبعية على كثير من المسائل والنوازل المستجدة.
٤. محاولة استقصاء الخلافات الأصولية، والفقهية القديمة، والحديثة بشأن المعاملات المصرفية المعاصرة، وترجيح القول الذي تدعمه الأدلة.
٥. دراسة الآراء التي أصلتْ للمسائل المستجدة، وتبين طبيعة مسارها وشروطها، برسم نظرية تطبيقية لواقع العقود المعاصرة المصرفية، والتي يحتاج الى دراسةٍ، لاختيار الراجح.

---

[١]) ينظر: أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، د. مصطفى ديب البُغا، دار القلم- دمشق، ط/ الثالثة، ١٤٢٠ه، ١٩٩٩م، ٢/٤- ٦.

❖ أهمية الدراسة:

في ظل الظروف الاقتصادية المعاصرة، وسرعة دوران عجلة التطور الاقتصادي والصناعي، ازداد بروز أهمية المعاملات المصرفية على الساحة المالية والاقتصادية، سواء على مستوى الدول أو الحكومات، أو الشركات والمؤسسات المصرفية، حيث تنبع أهمية الموضوع من جوانب عدة، نذكر أهمها فيما يأتي:

١. حاجة المتعاملين في المعاملات المصرفية المعاصرة، لبيان الحكم الشرعي، فقد بيّنا مسار كثير من المعاملات المستحدثة من خلال تأصيلها.
٢. المقصود بأهمية الموضوع في العقود المعاصرة هو الاجتهاد الانتقائي، بمختلف آراء الفقهاء ومذاهبهم، للوصول إلى ما هو الأرجح دليلاً، والأوفق بمقاصد الشريعة، والأكثر تحقيقاً للمصالح، مع مراعاة ضوابط الشرع، وتغير الفتوى بتغير الظروف والزمان.
٣. الاستفادة من تكوين الاجتهاد الإنشائي في المسائل التي لا نجد فيها آراء لفقهائنا الكرام؛ لأنها لم تكن موجودة من قبل، وإنما ظهرت في عصرنا نتيجة للتطورات الاقتصادية.

خطة البحث:

فقد اشتملت هذه الأطروحة على مقدمة، وتمهيد، وخمسة فصول، وخاتمة،

أما المقدمة فقد اشتملت على بيان الإطار الموضوعي العام للدراسة، ومنهج الباحث في إعداد هذه الأطروحة .

وأما التمهيد فقد جعلته لبيان مصطلحات العنوان وبيان موضوع الدراسة.

وأما الفصل الأول فقد جعلته عن "الاستحسان وأثره في استنباط المعاملات المصرفية المعاصرة" وقد جاءت دراسته في مبحثين:

المبحث الأول: الاستحسان

ويشتمل على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الاستحسان.

المطلب الثاني: أقسام الاستحسان وأنواعه.

المطلب الثالث: حجية الاستحسان.

المبحث الثاني: أثر الاستحسان في استنباط المعاملات المصرفية المعاصرة

ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: أثر الاستحسان في الشرط الجزائي:

المطلب الثاني: أثر الاستحسان في صكوك الإجارة:

وأما الفصل الثاني فكان بعنوان "الاستصلاح وأثره في استنباط المعاملات المصرفية المعاصرة"، وقد اشتمل على مبحثين، هما:

المبحث الأول: الاستصلاح

ويشتمل على أربعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الاستصلاح.

المطلب الثاني: أقسام الاستصلاح.

المطلب الثالث: حجية الاستصلاح.

المطلب الرابع: ضوابط العمل بالاستصلاح.

المبحث الثاني: أثر الاستصلاح في استنباط المعاملات المصرفية المعاصرة:

ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: أثر الاستصلاح في الأسهم

المطلب الثاني: أثر الاستصلاح في السندات

وأما الفصل الثالث فكان بعنوان "سد الذرائع وأثره في استنباط المعاملات المصرفية المعاصرة"، وقد اشتمل دراسته على مبحثين هما:

المبحث الأول: سد الذرائع

ويشتمل على اربعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف سد الذرائع.

المطلب الثاني: أقسام سد الذرائع.

المطلب الثالث: الاحتجاج بسد الذرائع وشواهده

المطلب الرابع: ضوابط سد الذرائع.

المبحث الثاني: أثر سد الذرائع في استنباط المعاملات المصرفية المعاصرة

ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: أثر سد الذرائع في التورُّق المصرفي المنظم

المطلب الثاني: أثر سد الذرائع في التأمين التجاري:

وأما الفصل الرابع فكان بعنوان "فتح الذرائع وأثره في استنباط المعاملات المصرفية المعاصرة"، وقد جاءت دراسته في مبحثين، هما:

المبحث الأول: فتح الذرائع

ويشتمل على اربعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف فتح الذرائع

المطلب الثاني: أقسام فتح الذرائع

المطلب الثالث: الاحتجاج بفتح الذرائع وشواهده

المطلب الرابع: القواعد الفقهية المتعلقة بمبدأ فتح الذرائع

المبحث الثاني: أثر فتح الذرائع في استنباط المعاملات المصرفية المعاصرة

ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: أثر فتح الذرائع في التورُّق الفردي

المطلب الثاني: أثر فتح الذرائع في التأمين التعاوني

وأما الفصل الخامس فكان بعنوان "العرف وأثره في استنباط المعاملات المصرفية المعاصرة" وقد اشتمل دراسته على مبحثين، هما:

المبحث الأول: العرف:

ويشتمل على خمسة مطالب:

المطلب الأول: تعريف العرف

المطلب الثاني: أقسام العرف

المطلب الثالث: الاحتجاج بالعرف
المطلب الرابع: شروط اعتبار العرف
المطلب الخامس: كيفية الاستفادة من العرف
المبحث الثاني: أثر العرف في استنباط المعاملات المصرفية المعاصرة

ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: أثر العرف في عقد الاستصناع

المطلب الثاني: أثر العرف في عقد التوريد

الخاتمة:

ختمتُ البحث بخلاصة، أبرزت فيها النتائج التي توصلت إليها، مع بعض التوصيات.

❖ **المنهجية المتبعة في الدراسة:**

سلكت في هذه الدراسة المنهج العلمي الاستقرائي، وفي جميع ما تقدم من مواد هذه الفصول، رجعت في تجميع المادة وتصنيفها وفق متطلبات البحث، فقد قسمت البحث تقسيماً راعيت فيه ما يحقق الغرض من الدراسة، من بيان الناحية الأصولية ومن ثمّ دراسة المعاملة المصرفية والحكم عليها بناء على تصور كامل لجميع جوانبها، وتوثيق الأقوال من كتب الفقهاء، واستقصاء الأدلة مع بيان وجه الدلالة، وذكر ما يرد عليها من مناقشات وما يجاب به عنها، والترجيح مع بيان سببه، والعناية بضرب الأمثلة، وتعريف المصطلحات وشرح الغريب، ورجعت فيه إلى أمات المصادر الأصولية المعتمدة في كل مذهب من المذاهب المقررة.

والحرص على تأصيل بعض الضوابط التي يحتاجها المجتهد في القضايا المعاصرة، وقد أكثرتُ من النقول عن المذاهب الفقهية من أجل الحاجة للاستشهاد بها على معالم هذا المنهج من الاجتهاد، وللاعتماد عليها فيما توخيناه من نظر.

وبذلتُ ما بوسعي في الالتزام بما هو متعارف عليه من البحوث العلمية في النقل والاقتباس والتوثيق، فقد عزوتُ الآيات إلى سورها وخرّجتُ الأحاديث والأقوال وترجمتُ لمعظم الأعلام الوارد ذكرهم، والتعريف بأهم المصطلحات الموجودة في البحث في شتى المجالات الفقهية والاقتصادية والقانونية وكذا الأصولية وفي مقدمتهم اللغوية.

❖ صعوبة الموضوع:

ندرة المراجع التي كتبت حول هذا الموضوع من الناحية التأصيلية المتعلق بالأصول والاقتصاد، ولا يكاد يخلو كل بحث علمي قديماً وحديثاً من الصعوبات وعقبات تعيق عمل الباحث منذ اختياره عنوان البحث إلى غاية الانتهاء منه، مما دفعني إلى البحث بطريقة التتبع والاستقراء في كتب أصول الفقه وجمع ما تحتاجه موضوعات الأطروحة، مما كلفني وقتاً وجهداً، كما واجهتني صعوبة توفير الوقت من خلال التضارب بين واجبات الحياة وما يتطلبه البحث العلمي من تفرغ واهتمام، فضلاً عن حداثة الموضوع، وهذا العمل يحتاج إلى تتبع الجزئيات ومن ثم ربطها بقواعدها وأصولها، ولا تخفي صعوبة هذا العمل الذي يحتاج إلى بذل الجهد، وقد حاولت جاهداً الوصول إلى الصواب، وتقديم ما ينفع أهل العلم والقراء.

وبعد... فقد بذلت في هذه الأطروحة ودراسة موضوعها ما وسعني من جهد، وهو جهد المعترف بعجزه وتقصيره، فما كان فيه من صواب فهو من الله تعالى فله الحمد والمنة في كل حال؛ وما كان فيه من خطأٍ وسهو فهو من نفسي وإني راجع عنه إلى الصواب متى تبين لي ذلك.

الباحث

التمهيد

سأحاول في هذا التمهيد تسليط الضوء على مفاهيم المصطلحات التي وردت في عنوان هذه الأطروحة، وقد جاء في ثلاثة محاور:

المحور الأول

التعريف اللغوي بمفردات عنوان الأطروحة

تعريف الأثر لغة: للأثر في اللغة معانٍ عدة منها:

١. بقية الشيء: وجمعه آثار وأُثُورٌ، "وَقَالَ بعضُهم: الأَثَرُ مَا بَقِيَ مِنْ رَسْمِ الشَّيْءِ[١]".
٢. الخبر وجمعه أخبار، والأثر مصدر أثرت الحديث أثرة إذا ذكرته عن غيرك.
٣. الأثر بمعنى التبعية: يقال آثار كذا وكذا بكذا وكذا، أي اتبعه إياه، ويقال خرجت في أثره أي بعده، "(تأثر) الشَّيْء ظهر فِيهِ الْأَثر وبالشيء تطبع فِيهِ وَالشَّيْء تتبع أَثَره[٢]"، وجاء عن أبن منظور[٣] بقوله: "تَبعَ الشيءَ تَبَعاً وتَباعاً فِي الأَفعال وتَبِعْتُ الشيءَ تُبوعاً: سِرْت فِي إِثْرِه... وَكَذَلِكَ تتَبَّعه وتَتَبَّعْته تتَبُّعاً[٤]".

فالأثر في اللغة إذاً يطلق على معانٍ منها التبعية، وهو المراد في بحثنا.

تعريف المصادر لغةً: لكلمة المصادر في اللغة معانٍ عدة منها:

١. مجرد الحدث: فالمصدر هو منبع الخبر الناشئ عن التواجد في مكان الحدث، وملاحقته، ورصده، وتسجيله، كما يشمل أساليب نقل الخبر أو ما يعرف "بمسالك الخبر"[٥].
٢. الصدارة: "مُقدَّم كل شيءٍ وأولُه... ومُصَدَّرٌ قَوِيُّ الصَّدْرِ وكذلك الأَسَدُ والذِّئْبُ وفَرسٌ مُصدَّرٌ بَلَغَ العَرَقُ صَدْرَهُ والمُصدَّرُ من الخَيْلِ والغَنَمِ الأَبْيضُ لَبَّةِ الصَّدْرِ... وقال ابن الأعرابيِّ المُصَدَّر من الخَيْلِ السابقُ ولم يَذْكُرِ الصَّدْرَ"[١].

---

[١]) لسان العرب، محمد بن منظور الأفريقي المصري/ دار صادر – بيروت، الطبعة الأولى، ٥/٤، تاج العروس من جواهر القاموس، محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني، الملقّب بمرتضى، الزَّبيدي (المتوفى: ١٢٠٥هـ)، المحقق: مجموعة من المحققين، دار الهداية، ١٢/١٠.

[٢]) ينظر: المعجم الوسيط، ابراهيم مصطفى وآخرون - باب الهمزه والباء - مجمع اللغة العربية بالقاهرة - دار الدعوة، ص ١٠٢٦/٢.

[٣]) هو محمد بن مكرم بن على، جمال الدين بن منظور الأنصاري الإفريقى، صاحب (لسان العرب): الإمام اللغوي الحجة. من نسل رويفع بن ثابت الأنصاري ٦٣٠ - ٧١١ هـ، ولد بمصر وخدم في ديوان الإنشاء بالقاهرة. ثم ولي القضاء في طرابلس.وعاد إلى مصر فتوفى فيها ، ومن ابرز كتبه لسان العرب.

[٤]) لسان العرب، ٢٧/٨.

[٥]) ينظر: مصادر الأخبار في العهد المدني، أحمد محمد المزعنن، دار صبري للتوزيع/ الرياض، سنة ١٩٩٩م، ص ٣١٩.

٣. تفريعات الأفعال: المصدر هو أصل الكلمة التي تصدر منها تفريعات الأفعال المعروفة في اللغة، "قَالَ اللَّيْثُ: المَصْدَرُ أصل الْكَلِمَةِ الَّتِي تَصْدُرُ عَنْهَا صَوادِرُ الأَفعال، وَتَفْسِيرُهُ أَن الْمَصَادِرَ كَانَتْ أول الْكَلَام، كَقَوْلِكَ الذَّهَابُ والسَّمْع والحِفْظ، وإِنما صَدَرَتِ الأَفعال عَنْهَا، فَيُقَالُ: ذَهَبَ ذَهَابًا وسمِع سَمْعاً وسَمَاعاً وحَفِظ حِفْظاً[٢]"، ومعناه أن المصادر كانت أول الكلام وتفرعت عنها بقية الأفعال.

المصادر جمع مصدر، وهو صيغة أسمية تدل على الحدث، تتعلق بمصادر المعلومات التي تعد الأساس في حياة الإنسان في المجتمع، فإن مصدر المعلومات هنا ما يصدر عنه الشيء بمسالك الخبر، فإنها لا تخرج عن كونها وعاء تحتوي على معلومات مختلفة، يمكن الاستفادة منها في العديد من المجالات التي تساعد في ضبط الأحكام الفرعية، التي تسقى من المصادر المعتمدة والمتفق عليها[٣].

تعريف التبعية لغة:

والتبعية مصدر صناعي حيث يطلق على كل لفظ زيد في آخره حرفان، هما ياء مشددة ثم تاء تأنيث مربوطة، ليصير بعد الزيادة اسماً دالاً على معنى مجرد لم يكن يدل عليه قبل الزيادة، وهذا المعنى الجديد هو كون الشيء تابعاً لغيره، ويطلق لفظ التبعية في اللغة على عدة معانٍ أهمها:

١. اقتفاء الأثر: "مَشَى خَلْفَهُ أو مَرَّ بِهِ فمَضَى مَعَهُ، يُقَالُ: تَبعَ الشَّيْءَ تَبَاعاً، فِي الأَفْعَالِ. وتَبِعَ الشَّيْءَ تُبُوعاً: سارَ فِي إِثْرِهِ"، فيقال تبعه وأتبعه، فتارة يكون في الجسم نحو تبعته في الطريق واتبعته فيها، وتارة يكون بالامتثال نحو، قوله تعالى:﴿ ...فَمَن تَبِعَ هُدَايَ ...[٤] ﴾.

٢. الالحاق: يقال تبعه وأتبعه بمعنى لحقه وألحقه، نحو قوله تعالى: ﴿ فَأَتْبَعَهُۥ شِهَابٌ ثَاقِبٌ [٥] ﴾، وقوله تعالى: ﴿ فَأَتْبَعَهُمْ فِرْعَوْنُ وَجُنُودُهُۥ [٦] ﴾. وهو المقصود هنا.

٣. التالي: بمعنى التلاوة، والإتباع والعمل بما فيه، قال تعالى: ﴿ ٱلَّذِينَ ءَاتَيْنَٰهُمُ ٱلْكِتَٰبَ يَتْلُونَهُۥ حَقَّ تِلَاوَتِهِۦٓ أُوْلَٰٓئِكَ يُؤْمِنُونَ بِهِۦ ۗ وَمَن يَكْفُرْ بِهِۦ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْخَٰسِرُونَ [١] ﴾، أي يتبعونه حق اتِّباعه.

---

[١]) المحكم والمحيط الأعظم، أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي [ت: ٤٥٨هـ]، المحقق: عبد الحميد هنداوي، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠م، ٢٨٢/٨.

[٢]) لسان العرب، ٤٤٩/٤.

[٣]) ينظر: المعجم الوسيط، ٥١٠/١.

[٤]) سورة البقرة: من الآية ٣٨.

[٥]) سورة الصافات: من الآية ١٠.

[٦]) سورة يونس: من الآية ٩٠.

تعريف استنباط لغة: مصدر استنبط، أي: استخرج الشيء، وهي عملية استخراج المعاني من النصوص بفرط الذهن وقوة العزيمة، فتُعد آلة جديدة أوجدها من شيءٍ اخترعها[٢]، لقوله تعالى: ﴿لَعَلِمَهُ ٱلَّذِينَ يَسۡتَنۢبِطُونَهُۥ مِنۡهُمۡۗ [٣]﴾، أي: استخرجوا المعاني الدقيقة من النصوص بعد المحاولة.

تعريف الأحكام لغةً: الأحكام جمع حكم، لكلمة الحكم في اللغة معانٍ عدة منها:

١. الحِكمة: "حكم: الحِكمةُ: مَرْجِعُها إلى العَدْل والعِلْم والحِلْم. ويقال: أَحْكَمَتْه التَجارِبُ إذا كانَ حكيماً[٤]". وهو المتقن للأمور.

٢. القضاء: "فِي الشَّيْء بأَنّه كَذا أَو لَيْس بِكَذا سواءٌ لَزِم ذلِك غَيْرَه أَمْ لاَ، هَذَا قولُ أهل اللّغة، وخَصَّصَ بَعضُهم فَقَالَ: القَضاءُ بالعَدْل[٥]"، فهو حكم بينهم، سواء حكم له أو حكم عليه.

وللقضاء معانٍ متعددة في اللغة ترجع إلى إتمام الشيء والفراغ منه قولاً أو فعلاً أي: إمضاؤه وإحكامه[٦].

تعريف المعاملات لغة: جمع معاملة، وهي مصدر عامل يدل على المشاركة كثيراً، أي "عاملته في كلام أهل الأمصار يراد به التصرف من البيع ونحوه[٧]"، كالمعاملات التجارية التي نحن بصددها، المتعلقة بأمر دنيوي كالشراء، والتبادل بين أكثر من طرف، فهي الأحكام المتعلقة بأمر الدنيا كالبيع، والإجارة ونحوها.

فالمعنى العام هو كل فعل لا يحتاج إلى قصد القربة، فيشمل في هذا المعنى مطلق العقود، كما ويشمل الإجراءات القضائية، والوثائق الرسمية، أو القانونية، فقد جاء في بعض المعاجم أن مصطلح المعاملات تختص بجانب المصلحة التي تنظم علاقة العبد بربه، لتلبية مطالبهم المعيشية، وتحقيق أغراضهم الدنيوية، رغم تحقق المصلحة في كل التبويب الفقهي المتعلقة بالجانب الدنيوي[٨].

تعريف المصرفية لغة: مشتقة من مصرف، ولم يعرف أهل اللغة كلمة المصرفية بتعريف معين، حيث أنشأت المصارف في العصر المتأخر خلال عصر النهضة الأوربية في أوائل القرن

---

[١]) سورة البقرة: الآية ١٢١.
[٢]) ينظر: لسان العرب، ٥٥٨/٢، تاج العروس، ١٣٥/٢٠.
[٣]) سورة النساء: جزء من الآية ٨٣.
[٤]) العين، أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري (المتوفى: ١٧٠هـ)، المحقق: د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، ٦٧/٣.
[٥]) تاج العروس، ٥١٠/٣١.
[٦]) لسان العرب، ٢٢١/٧، تاج العروس، ٣١١/٣٩.
[٧])ينظر: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (المتوفى: نحو ٧٧٠هـ) المكتبة العلمية - بيروت، ٤٣٠/٢.
[٨]) ينظر: معجم لغة الفقهاء، محمد رواس قلعجي وحامد صادق قنيبي - دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع الطبعة: الثانية، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م، ص ٤٣٨.

العشرين، والمقصود منها هو المكان الأمين لادخار المال الفائض، وتسهيل المعاملات المالية للعملاء، وحفظ الأموال وتشغيلها[1].

فالمصرف اسم مكان يتم فيه الصرف، والصرف لغة: "رَدُّ الشَّيْءِ عَنْ وَجْهِهِ، صَرَفَه يَصْرِفُه صَرْفاً فانْصَرَفَ[2]"، يقوم بعمليات الإئتمان كقبول الودائع وتقديم القروض وإصدار النقود وتسهيل عمليات الدفع والرقابة على النشاط المالي.

تعريف المعاصرة لغةً: مصدر عاصر يعاصر معاصرةً، فهو معاصِر والمفعول مُعاصَر، عاصره، أي: عاش معه في عصر واحد ونحوه بمعنى يعيش معنا في عصرنا معايشة الحاضر بالوجدان، والسلوك، والإفادة من كل منجزاته العلمية والفكرية، وتسخيرها لخدمة الإنسان ورقيّه[3].

المعاصرة تدعو أفكار الباحث إلى المعاصرة، أي: التكيف مع أفكار العصر الذي نعيشه، فالكاتب هنا يزرع أفكاره وفق أسس قد وضعت سابقاً برؤية معاصرة، وافكارٍ محررة من قيود أشار إليها الأقدمون بما يناسب طابع العصر مع التبصر في الأدلة، طلباً للصواب.

المحور الثاني

التعريف الاصطلاحي بمفردات عنوان الأطروحة

تعريف الأثر اصطلاحاً: للأثر في الاصطلاح معانٍ عدة منها:

فقد عرف بأنه: "حصول ما يدل على وجود الشيء والنتيجة، وأثرت الحديث نقلته[4]". نلاحظ أن التعريف الاصطلاحي للأثر لا يختلف عن معناه في اللغة إجمالاً، وبالنظر في استعمالات العلماء للفظ الأثر نجدها لا تخرج عن معناه اللغوي فـ"الأثر: له ثلاثة معانٍ: الأول، بمعنى: النتيجة، وهو الحاصل من الشيء، والثاني بمعنى العلامة، والثالث بمعنى الجزءِ[5]"، نجد هذه المعاني لا تخرج عن المعاني اللغوية المتقدمة، فيستعمل أيضاً بمعنى ما يترتب على الشيء، فمراده عند الفقهاء هو ما يسمى بالحكم، كما إذا أضيف الأثر إلى الشيء، فيقال: أثر العقد، وأثر الفسخ، وأثر النكاح، أي الأحكام والنتائج المترتبة عليها، وهذا ما أريده في هذا البحث، فأقصد بالأثر نتائجه، وما يترتب عليه من أحكام[6].

---

[1]) ينظر: المعجم الوسيط، ٦٢٨/٢.

[2]) لسان العرب، ١٨٩/٩.

[3]) ينظر: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (المتوفى: ٣٩٣هـ)، دار العلم للملايين – بيروت - الطبعة: الرابعة ١٤٠٧، ١٢/١.

[4]) التوقيف على مهمات التعاريف، عبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي الحدادي ثم المناوي القاهري (المتوفى: ١٠٣١هـ)، عالم الكتب ثروت-القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٤١٠هـ-١٩٩٠م، ص ٣٨.

[5]) التعريفات، علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (المتوفى: ٨١٦هـ)، ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية بيروت –لبنان، الطبعة: الأولى ١٤٠٣هـ -١٩٨٣م، ص ٩.

[6]) ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الطبعة الأولى، مطابع دار الصفوة – مصر، ٦٥/١٨.

المصادر: هي أمارات معرفة وعلامات مبينة، ودلائل مرشدة، لنهتدي بها إلى معرفة أحكام الله تعالى ونسترشد إليها، فهي مستودع المعلومات بصفة عامة، وبهذا المعنى فإنها لا تخرج عن كونها وعاء يحتوي على معلومات مختلفة يمكن الاستفادة منها في العديد من المجالات، وهذا ما نقصده بأوعية الأحكام لكي يجدها فيه[١].

وهذه الأمارات وتلك العلامات تعرف بمصادر الأحكام الشرعية وهي ما يعرف في علم أصول الفقه بالأدلة الإجمالية، وهي التي يعتمد عليها الفقهاء والمجتهدون في استنباط الأحكام الشرعية العملية للمسائل المختلفة، على وفق قواعد وضوابط مبينة في علم أصول الفقه.

معنى التبعية اصطلاحاً: دل مصطلح التبعية على معنى اللحوق والتلو للأصل الذي ركّب معه، وقد وردت بهذا المعنى في قوله تعالى: ﴿ فَأَتْبَعَ سَبَبًا[٢] ﴾، ومعناه اللحوق، فالتبعية هي كون الشيء تابعاً لغيره[٣]، والذي نحن بصدده هنا إنما هو تبعية المصادر المختلف فيها للأدلة الإجمالية الأصلية، ليشكل دليلاً فعالاً في توجيه النوازل والوقائع المعاصرة توجيهاً مقبولاً، باعتباره من المصادر المعتبرة والمهمة للبحث عن تبيين الحكم، ولعل أقرب المعاني اللغوية للمعنى الاصطلاحي التابع، هو كون التابع لاحقاً أو تالياً لأصله[٤].

معنى الاستنباط اصطلاحاً: مصدر استنبط، وهو استخراج المجتهد للمعاني من النصوص بفرط الذهن واستفراغ الجهد وقوة القريحة، للوصول إلى الأحكام الشرعية من المصادر الأصلية والمصادر التبعية الأخرى، في ضوء قواعد مقررة عند الأصوليين، حيث يسلك الباحث كل طرائق الاستنباط والاستدلال الأصولية المعروفة، باستخراج الدلالة على الشيء بطرائقه الأصولية[٥].

تعريف الأحكام اصطلاحاً: الأحكام جمع حكم، والأصوليون ميزوا بين نوعي الحكم الأصولي والفقهي، فعبروا بالإيجاب عن التعريف الأصولي، وبالوجوب عن التعريف الفقهي[٦]، فقالوا إنّ الحكم الشرعي هو: "خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين على وجه الاقتضاء أو التخيير أو الوضع[٧]"، فهذا التعريف يبين أركان الحكم على أنه من قبل الله، ومتعلق بأفعال المكلفين،

---

[١]) ينظر: أثر الادلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، د. مصطفى ديب البُغا، ١٨/٢.
[٢]) سورة الكهف: الآية ٨٥.
[٣]) ينظر: المعجم الوسيط، ٨٢/١.
[٤]) ينظر: أثر الادلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، ٢٤/٢.
[٥]) ينظر: المستصفى، الغزالي،، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م، ص ٣٨١.
[٦]) الفرق بين الإيجاب وبيم الوجوب، الإيجاب هو الإلزام الصادر من الله مثل ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾، فموضوع الحكم الذي تعلق به الإيجاب هو الرقبة، والوجوب هو اللزوم، وهو الفعل الموصوف بالوجوب، المستفاد من كلمة على سبيل الإقتضاء، فما الواجب من الرقبة؟ هو عتق الرقبة الصحيحة، فيخرج العمياء، فالإلزام دلالة الحكم عند الأصوليين، واللزوم مدلول الحكم ومعناه، وهذا ما يطلقونه الفقهاء على الوجوب.
[٧]) ينظر:شرح مختصر الروضة، سليمان الطوفي، المحقق : عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الرسالة، ط/الأولى ، ١٤٠٧ هـ / ١٩٨٧ م، ٢٥٤/١.

ويوضح أنواع الخطاب بكونه حكماً تكليفياً على سبيل الطلب والاقتضاء، أو حكماً وضعياً بتحديد الفعل[١].

تعريف المعاملات اصطلاحاً: المعاملات جمع معاملة، فقد جاء في القاموس الفقهي بأن "المعاملات: الأحكام الشرعية المتعلقة بأمر الدنيا كالبيع. والاجارة[٢]"، وهي فعل يتعلق به قصد، وهي حق العبد عرفاً المتعلق بالمعاوضات المالية، وجاء في معجم لغة الفقهاء بأن "المعاملات في الفقه الأحكام الشرعية المتعلقة بالأمور الدنيوية، الأحكام الشرعية المنظمة لتعامل الناس في الدنيا[٣]".

تعريف المصرفية اصطلاحاً: بأنه "مكانٌ يحفظ الناس فيه أموالهم في زمانٍ ويستردونها حين يحتاجون إليها، وعرفه بعضهم: بأنه منشأةٌ محلية يتعلق عملها بالمال، تَنصَبُّ عملياتها الرئيسة على تجميع النقود الفائضة عن حاجة الناس، أو مُنشآتِ الأعمال، أو الدولة لغرض إقراضها للآخرين، وفق أُسُس معينةٍ، أو استثمارها في أوراقٍ ماليةٍ محددة[٤]".

ومعنى المعاصرة اصطلاحاً: المراد بالمعاصرة القضايا والمسائل المستجدة التي يعاصرها الشخص الآن وتكون هي موضوع حديث المجتمع، فيكون المراد بها، دراسة القضايا الاقتصادية التي ظهرت في السنوات القريبة وأشكل أمرها على طلبة العلم فهي تحتاج إلى اجتهاد فقهي في بيان أحكامها الشرعية، وفق المصادر التبعية الأصولية في اطروحتنا هذه.

المحور الثالث: موضوع الدراسة

ربما كان هذه الاطروحة من بدايات الاهتمام بالجانب الاقتصادي في البيئة الأصولية، وأتمنى أن تكتمل اللبنة في بناء الصرح على نهج علماء الأصول، وهو عمل لا غنى عنه في توفير المناخ المناسب لاستنباط الأحكام للاستحضار إلى ظفر باب الاجتهاد، والعودة إلى ما كان عليه اجدادنا الأوائل في حركة فكرية نشطة.

فقد تناولت في هذه الاطروحة المصادر التبعية، واستمددت منها حلولاً للمشكلات المعاصرة، ومعالجات المعاملات المصرفية لما ينشأ من أحداث ونوازل، وسبيلنا لتوجيهها ينبغي استعمال الأدوات اللازمة لهذا العمل، بتنشيط نعمة الاجتهاد؛ لأن هدف الأصوليين من وراء ذلك كله، وضع قوانين تتخذ أساساً في استنباط الأحكام التي تنشأ دائماً بتجدد الأحداث والوقائع نتيجة تطور الزمن وتقدمه من ناحية، وامتزاج المعاملات المصرفية المختلفة التي تلاقت مع العقود الفقهية من ناحية أخرى.

---

[١]) ينظر: الإبهاج في شرح المنهاج، تقي الدين أبو الحسن علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام بن حامد بن يحيي السبكي وولده تاج الدين أبو نصر عبد الوهاب، دار الكتب العلمية – بيروت- ١٤١٦هـ، ١٩٩٥م، ١٧٧/٣- ١٧٨.

[٢]) ينظر: القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، الدكتور سعدي أبو حبيب، دار الفكر. دمشق – سورية، الطبعة: الثانية ١٤٠٨ هـ = ١٩٨٨م، ص ٢٦٣.

[٣]) ينظر: معجم لغة الفقهاء، ص ٤٣٨.

[٤]) ينظر: المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، د. عبد الرزاق الهيتي، الطبعة الأولى/ عمان، دار أسامة أسامة للنشر، ١٩٩٨م، ص ٣٠- ٣٢.

فالبحث في علم الأصول يضع الباحث أمام سرب من المدلولات التي نضجت من خلال تعريفات عدة، قد تواردت على ألسنة علماء الأصول، واختلفت باختلاف نظرة كل منهم، ومفهومه لهذا العلم بمجمله، وإن كانت تؤدي بنا غالباً في النهاية إلى مفهوم متقارب، إلا أنه قد تتسع دائرة الأخذ بالدليل أو تضيق، تبعاً للأسباب التي سنوردها في موضعه، والذي يهمنا من هذه المقدمة، هو التطور والتغير السريع بعلم الاقتصاد عامةً، والعلم بالمعاملات المصرفية المعاصرة خاصة، بعد الانتقال من الدليل المستنبَط منه الحكم في المسألة المعاصرة، بشروط تفيد العلم بكيفية هذا الاستنباط.

فقد تناولت الأدلة التبعية ثم أعقبت لكل دليل دراسة تأصيلية تطبيقية لمعاملتين مصرفية معاصرة، وفق منهج أثر الاستنباط للوصول إلى الحكم، فإن الاجتهاد في هذه الحال يكون من جهة نسبة المعاملة المعاصرة إلى مصدرها، لإثبات صحتها ونسبتها إلى الدليل.

فقد تكلمت في الفصول الخمسة عن المصدر المختلف فيه، فأذكر تعريفه، وأحرر النزاع فيه، ثم أذكر مذاهب العلماء في حجيته، ودليل كل من القائل به والمخالف مع الاقتصار على المشهور، ثم أذكر مسألتين فرعيتين على سبيل المثال لا الحصر فيما استحدث في المعاملات المصرفية المعاصرة.

وطريقتي في عرض المسألة، أن أذكر صورة المسألة، ثم أذكر أقوال الأئمة فيها ودليل كل منهم، فأبدأ بذكر الدليل الذي أنبنتْ عليه المسألة التي نحن بصددها، ثم أختم المبحث بالترجيح مع ذكر الاحتجاج غالباً، ولم أكتب شيئاً إلا بعد أن أعتقد صحته، واطمئن إليه غير متأثر برأي ممن كتب فيه معاصراً أو غير معاصرٍ، موافقاً لمذهبي أو غير موافق، ولم أتردد في مخالفته متىً تبين لي أنه قد اعتبر بما يلائم زمنهم ولا يلائم زماننا مع بيان وجهة نظري في ذلك أن استلزم ذلك، مع احترامي لجميع الفقهاء، واعترافي لفضلهم، وتقديري لعلمهم، واعتقادي أنهم سبّاقون في الخيرات، ولكني قصدت بهذا كله أني قد تجردت عن ذلك، فيما يتعلق بتنظيم مسلك أثر الاستنباط، والاستمتاع بالفكر، والتعبير عنه.

وخلاصة القول: إن ظنية الأدلة تفضي إلى التوسعة، والرحمة، والتيسير، والتلاؤم، والتنوع، الذي يقتضي اختلاف الآراء والبصمات الفكرية في مدارج الكمال، مع امتزاج المصالح بالمفاسد، فينبغي تحققه على وجه كمال المرونة والتغير والاختلاف والتنوع، وهذا من مقاصد الأدلة الظنية وأهدافها [١].

إذاً فظنية الأدلة مقصودة من المشرع، لفتح مجالات للبحث والاستنباط والاكتشاف، حتى تكون الشريعة مرنة سهلة ميسرة، قال الإمام الزركشي[٢]: "وَأَمَّا الَّتِي يَسُوغُ فِيهَا الِاجْتِهَادُ فَهِيَ

[١]) ينظر: منهج استنباط احكام النوازل الفقهية المعاصرة، مسفِر بن علي بن محمد القحطاني، دار الاندلس الخضراء- جدة، طبعة/الاولى، ١٤٢٤ه، ص١١٢ وما بعدها.

[٢]) هو محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، أبو عبد الله، بدر الدين: عالم بفقه الشافعية والأصول، تركي الأصل، مصري المولد والوفاة (٧٤٥ - ٧٩٤ هـ). ورحل إلى دمشق فتفقه بها، وسمع من عماد الدين ابن كثير، ورحل إلى حلب فأخذ عن الأذرعي وغيره، وأقبل على التصنيف فكتب بخطه ما لا يحصى لنفسه ولغيره له تصانيف كثيرة في عدة فنون، منها (الإجابة لإيراد ما استدركته عائشة على الصحابة، تشنيف المسامع على جمع الجوامع، البحر المحيط، التنقيح لالفاظ الجامع الصحيح، نظم الجمان في محاسن أبناء الزمان). ينظر:

الْمُخْتَلَفُ فِيهَا، كَوُجُوبِ الزَّكَاةِ فِي مَالِ الصَّبِيِّ، وَنَفْيِ وُجُوبِ الْوِتْرِ وَغَيْرِهِ مِمَّا عُدِمَتْ فِيهَا النُّصُوصُ فِي الْفُرُوعِ، وَغَمُضَتْ فِيهَا الأدلة وَيُرْجَعُ فِيهَا إلَى الِاجْتِهَادِ، فَلَيْسَ بِآثِمٍ[1]"، ويقول الإمام الشاطبي[2]: "فَإِنَّ اللَّهَ تعالى حَكِيمٌ بِحِكْمَتِهِ أَنْ تَكُونَ فُرُوعُ هَذِهِ الْمِلَّةِ قَابِلَةً لِلْأَنْظَارِ وَمَجَالًا لِلظُّنُونِ، وَقَدْ ثَبَتَ عِنْدَ النُّظَّارِ أَنَّ النَّظَرِيَّاتِ لَا يُمْكِنُ الِاتِّفَاقُ فِيهَا عَادَةً، فَالظَّنِّيَّاتُ عَرِيقَةٌ فِي إِمْكَانِ الِاختلاف، لَكِنْ فِي الْفُرُوعِ دُونَ الأصول وَفِي الْجُزْئِيَّاتِ دُونَ الْكُلِّيَّاتِ، فَلِذَلِكَ لَا يَضُرُّ هَذَا الِاختلاف[3]".

وأكثر المتغيرات تلك التي تنتج عن الاجتهاد فيما لا نص فيه، وما كان خارج دائرة النصوص فأكثره مستنبط من أدلة ظنية الثبوت والدلالة، أو ظنية الدلالة، أو ظنية الثبوت، قال الإمام الجويني[4]: "لِأَنَّ مُعْظَمَ الشَّرِيعَةِ صَادِرَةٌ عَنْ الِاجْتِهَادِ، وَلَا تَفِي النُّصُوصُ بِعُشْرِ مِعْشَارِهَا[5]"، ومما يدل على سعة دائرة المتغيرات، أنها غير متناهية فهي تشمل دائرة العفو فما سوى المعلوم بالنهي يبقى على العفو والإباحة.

الأعلام، خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الزركلي الدمشقي (المتوفى : ١٣٩٦هـ)، دار العلم للملايين، ط/ الخامسة عشر، ٢٠٠٢ م، ٦١/٦.

[1]) البحر المحيط، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (المتوفى: ٧٩٤هـ)، دار الكتبي الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م، ٢٨٢/٨.

[2]) هو إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي: أصولي حافظ. من أهل غرناطة. كان من أئمة المالكية.عالم محقق في الفقه والحديث واللغة، توفي سنة (٧٩٠هـ)، ومن كتبه (الموافقات، الاعتصام، المقاصد الشافية في شرح خلاصة الكافية، الجمان في مختصر أخبار الزمان". ينظر: الأعلام، ٧٥/١.

[3]) الاعتصام، الشاطبي (المتوفى: ٧٩٠هـ)، تحقيق: سليم بن عيد الهلالي، دار ابن عفان، السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤١٢هـ، ص ٦٧٤.

[4]) هو عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجُوَيْني، أبو المعالي، الملقب بإمام الحرمين: أعلم المتأخرين، من أصحاب الشافعيّ. ولد في جوين (من نواحي نيسابور) ورحل إلى بغداد، فمكة حيث جاور أربع سنين. وذهب إلى المدينة فأفتى ودرس، جامعا طرق المذاهب. ثم عاد إلى نيسابور، وكان يحضر دروسه أكابر العلماء. له مصنفات كثيرة، منها "غياث الأمم، البرهان، الشامل، الورقات". ينظر: سير أعلام النبلاء، شمس الدين أبو عبد الله الذهبي (المتوفى: ٧٤٨هـ)، دار الحديث- القاهرة، الطبعة: ١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م، ١٧/١٤، الأعلام، ١٦٠/٤.

[5]) البحر المحيط، الزركشي،٤٢٥/٦.

الفصل الأول

الاستحسان وأثره في استنباط المعاملات المصرفية المعاصرة

توطئة

أصول الأدلة التي تستنبط منها الأحكام الشرعية لأفعال المكلفين نوعان: نوع اتفق جمهور العلماء على أنّه مصدر من مصادر التشريع الإسلامي، ونوع اختلف العلماء في اعتباره مصدراً تشريعياً، وسعى المجتهدون إلى أن يضيفوا مصادر على إدراك الحكم ما لم يتوصلوا إليه من الأدلة المتفق عليها من النص أو الإجماع، فكانت لهم مناهج في هذا المجال، ربما اتفق عليها أكثرهم كالعرف، وربما انفرد بعضهم دون بعض بالاحتجاج به كعمل أهل المدينة، ومن هذه المناهج أو الطرق الاستحسان الموصل إلى الظن الذي تطمئن إليه القلوب، فالشريعة غير مقصورة على المباني وحدها بل لها مناط وعلل وحِكم وأسرار يتكون من مجموعها أصول وقواعد وضوابط عامة وضوابط خاصة يرد إليها الكثير من الأحكام الفرعية وعلى سبيل المثال الاستحسان، ولهذا قال الإمام الزركشي في موضع التوسع والتيسير: "اعلم أن الله لم ينصب على الأحكام الشرعية أدلة قاطعة بل جعلها ظنية قصداً للتوسع على المكلفين لئلا ينحصر في مذهب واحد يقام الدليل القاطع عليه"[1]، ومما ينبني على هذا الأصل قاعدة الاستحسان، وسنرى أنّ النظرة الأصولية تضع الأسس في فهم الأحكام الجزئية وقد تتطابق الرؤى الاقتصادية في معاملاتها المعاصرة وبذلك يتحتم التعرض في هذا الفصل من الناحيتين الأصولية والاقتصادية.

المبحث الأول

الاستحسان

تعريفه .. أقسامه .. أنواعه .. حجيته

نحاول أن نسلط الضوء في هذا المبحث على مفهوم الاستحسان، وأقسامه، وأنواعه، وحجيته، والكلام في هذه الموضوعات متشعب، والدراسات فيه كثيرة قد اشتبكت بشأنه الآراء، وتضاربت فيه وجهات النظر، ويستمد هذا المبحث جزءاً من عنوانه الرئيس مما دونه علماء الأصول مما له علاقة باستخراج الأحكام الفرعية، وربطها من زاوية بالجانب الاقتصادي، إذ عنوان الاطروحة يدرس المصادر التبعية من زاوية أصولية، وأثرها في المعاملات المصرفية المعاصرة من زاوية اقتصادية.

---

[1]) البحر المحيط، ١١٩/٨.

المطلب الأول

تعريف الاستحسان

التعريف اللغوي للاستحسان:

معناه في اللغة: الاستحسان مشتق من الحسن، والاستحسان في اللغة عَدُّ الشي واعتقاده حسنا، قال الفيروز آبادي[١]"استحسنه : عده حسنا"[٢]، ويذكر ابن فارس[٣] أنّ "الحاء والسين والنون أصل واحد. فالحسن ضدّ القبح. يقال رجل حسن وامرأة حسناء وحسّانة"[٤]، وقيل هو وجود الشيء حسناً كقول الرجل استحسنت كذا أي ظننته حسناً، أو هو طلب الأحسن للاتباع المأخوذ منه[٥]. وقيل هو كون الشيء على صفة الحسن، وقيل إنه فعل المستحسن وهو رؤية الشيء حسناً. يقال استحسنت كذا أي رأيته حسناً، وقيل هو ما يميل إليه الإنسان ويهواه من الصور والمعاني وإن كان مستقبحاً عند غيره[٦].

تعريف الاستحسان في الاصطلاح الأصولي

هنالك تعريفات متعددة للاستحسان عند علماء أصول الفقه، سنحاول أن نذكر أهمها وأشهرها فيما يأتي، وبحسب السبق الزمني للمذاهب:

تعريفه في المذهب الحنفي: يأتي الاستحسان عند علماء الحنفية رحمهم الله تعالى باصطلاحين ويستعملونه في معنيين.[٧]

---

[١]) هو محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم بن عمر، أبو طاهر، مجد الدين الشيرازي الفيروز آبادي: من أئمة اللغة والادب. ولد بكارزين (بكسر الراء وتفتح) من أعمال شيراز. وانتقل إلى العراق، وجال في مصر والشام، ودخل بلاد الروم والهند. وانتشر اسمه في الافاق، حتى كان مرجع عصره في اللغة والحديث والتفسير، وتوفى في زبيد.(٧٢٩ - ٨١٧ ه)- أشهر كتبه (القاموس المحيط ، المرقاة الوفية في طبقات الحنفية، المثلث المتفق المعنى). ينظر: الأعلام، ١٤٦/٧-١٤٧.

[٢]) القاموس المحيط، ص١١٨٩.

[٣]) هو أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي، أبو الحسين المالكي: من أئمة اللغة والادب. قرأ عليه البديع الهمذاني والصاحب ابن عباد وغيرهما من أعيان البيان. أصله من قزوين، وأقام مدة في همذان، ثم انتقل إلى الري فتوفي فيها، وإليها نسبته(٣٢٩ - ٣٩٥ هـ). من تصانيفه (مقاييس اللغة، المجمل في علم العربية، كتاب الثلاثة)، ينظر: سير اعلام النبلاء، ١٢/ ٥٣٨، الأعلام، ١٩٣/١.

[٤]) مقاييس اللغة، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريّا، المحقق : عبد السّلام محمد هارون، اتحاد الكتاب العرب، ط/ ١٤٢٣ هـ = ٢٠٠٢م، ٤٥/٢.

[٥]) ينظر: لسان العرب، ١١٤/١٣.

[٦]) ينظر: المحكم والمحيط الاعظم، علي بن إسماعيل، المعروف بابن سيده، موقع الوراق، ٤٨١/١، لسان العرب، ١٦٥/٤.

[٧]) ينظر: شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح، سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، تحقيق زكريا عميرات دار الكتب العلمية، سنة النشر ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م بيروت، ١٧٢/٢.

الاصطلاح الأول: استعماله بالمعنى الأعم

وهو كل دليل في مقابلة القياس الظاهر من كتاب أو سنة أو إجماع أو ضرورة أو قياس خفي. فقال بعضهم هو "العدول عن موجب قياس إلى قياس أقوى منه"[1].

الاصطلاح الثاني: استعماله بالمعنى الأخص

وهو القياس الخفي، وقد غلب في أصول الفقه أن يأتي بهذا المعنى، حتى ظنَّ كثير من طلاب العلم أن الاستحسان عند الحنفية خاص بهم.

قال الكرخي[2] رحمه الله "هو أن يعدل الإنسان عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه لوجه أقوى يقتضي العدول عن الأول[3]".

ان يجيء الحكم مخالفاً قاعدة مطردة لأمر يجعل الخروج عن القاعدة أقرب إلى الشرع[4].

واذا حصل التعارض بينهما مع اتحاد النوع يكون القياس راجحاً وهذا نادر على هذه الصفة، معنى ذلك أن يعارض استحسان صحيح الظاهر فاسد الباطن قياسا كذلك أي صحيح الظاهر فاسد الباطن فيرجح القياس في هذه الصورة وليست لها مثال في الواقع.

وخلاصة مفهوم الاستحسان في المذهب الحنفي فيما يبدو لي هما:

- التعارض بين علة القياس ودليل آخر غير القياس. بمعنى لا يكون الداعي علة خفية ولكن يوجد داعٍ آخر وهو الدليل.
- ترجيح قياس خَفي على قياس جلي بناء على دليل. وهو الذي يسمى استحسان القياس أن يكون في المسألة وصفان أحدهما ظاهر ضعيف الأثر، والثاني خفي قوي الأثر، فيرجح المجتهد الأقوى تأثيراً من الظاهر، وأساس قوته التيسير ورفع الحرج.

المذهب المالكي: يمكن سوق بعض من التعريفات للاستحسان عند علماء الأصول وهي:

قال الإمام الشاطبي: "الاستحسان: هو العمل بأقوى الدليلين، أو الأخذ بمصلحة جزئية في مقابل دليل كلي، فهو إذا تقديم الاستدلال المرسل على القياس"[5]، أي: العمل بأقواهما وإلغاء

---

[1]) كشف الأسرار البزدوي، عبد العزيز البخاري (المتوفى : ٧٣٠هـ)، المحقق : عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية –بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ/١٩٩٧م، ٤/٤.

[2]) هو أبو الحسن عبيدالله بن الحسين بن دلال الكرخي الحنفي، أبو الحسن: فقيه، انتهت إليه رياسة الحنفية بالعراق. كان صبورا على الفقر، اصيب آخر عمره بالفالج، مولده في الكرخ ووفاته ببغداد. (٢٦٠ - ٣٤٠ هـ)، ومن كتبه " شرح الجامع الصغير، شرح الجامع الكبير". ينظر: هدية العارفين أسماء المؤلفين وآثار المصنفين، إسماعيل بن محمد أمين بن مير سليم الباباني البغدادي (المتوفى: ١٣٩٩هـ)، الناشر: طبع بعناية وكالة المعارف الجليلة في مطبعتها البهية استانبول ١٩٥١، أعادت طبعه، دار إحياء التراث العربي بيروت – لبنان، ٦٤٦/١، الأعلام، ١٩٣/٤.

[3]) ينظر: شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح، ١٧٢/٢.

[4]) ينظر: تعليل الاحكام، محمد مصطفى شلبي، ط/ الازهر ١٩٤٧م، ص ٣٣٧.

[5]) الموافقات، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (المتوفى : ٧٩٠هـ)، المحقق : أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ/ ١٩٩٧م، ١٩٤/٥- ١٩٧.

الضعيف، فمقتضاه هو تقديم الاستدلال المرسل على القياس، بمعنى استعمال مصلحة جزئية في موضع يعارضه فيها قياس عام، وهذا الذي اعتبره استحساناً، لأنه عدول في هذه الجزئيات عن مثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه، عندما يؤدي إلى تفويت مصلحة أو جلب مفسدة[١].

قال ابن العربي[٢] (رحمه الله): "الاستحسان: إيثار ترك مقتضى الدليل، والترخيص على طريق الاستثناء لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته"[٣]. مزية هذا التعريف أنه صرح بأن الاستحسان رخصة يؤخذ بها استثناء من مقتضى الدليل، فهو ينوه إلى ترك الدليل لحكمة، وتركه لدفع المشقة ولليسر والمصلحة وإيثار التوسعة، وهو طرح لقياس يؤدي إلى ضيق في الحكم ومبالغة فيه، فيعدل عنه في بعض المواضع لمعنى يؤثر في الحكم يختص به ذلك الموضع.

وخلاصة مفهوم الاستحسان في المذهب المالكي فيما يبدو لي هو:

- استثناء مسألة جزئية من أصل كلي، أو قاعدة عامة بناء على دليل خاص يقتضي ذلك. وهذا الاتجاه يهدف إلى مراعاة المصلحة أو دفع المفسدة.

المذهب الشافعي: اختلف علماء الأصول الشافعية في صياغة تعريف الاستحسان وفي المضمون احياناً، نظراً لاختلاف زوايا نظرهم إليه، ويمكن استعراض هذه التعريفات بغية وضع تصور لمفهوم الاستحسان لمعرفة كيفية جريانه في استنباط الأحكام، وكانت التعريفات على النحو الآتي:

قال أبو الحسين البصري[٤]: "هو-الاستحسان- ترك وجه من وجوه الاجتهاد غير شامل شمول الالفاظ، لوجه هو أقوى منه، وهو في حكم الطارئ على الأول"[٥]. يعني أن الأصل الذي يخرج عنه المجتهد بوجه اقوى إنما هو من الأمور التي هي محل اجتهاد، وقد يكون أصلا مقرراً عند المجتهد نفسه وليس مسلماً من قبل غيره، وان الذي يخرج عن هذا الأصل هو المجتهد الذي توصل إليه وليس غيره؛ لأنَّ الواقعة التي اجتهد فيها لها وجوه كثيرة واحتمالات متعددة، فيأخذ المجتهد بواحد منها ويترك بقية الوجوه[٦].

---

[١]) ينظر: الإشارة في معرفة الأصول والوجازة في معنى الدليل، الإمام سليمان الباجي الاندلسي المتوفى٤٧٤ﻫ دراسة وتحقيق وتعليق/محمد علي فركوس، دار البشائر الإسلامية، ص٣١٢-٣١٣.

[٢]) هو محمد بن عبد الله بن محمد المعافري الاشبيلي المالكي، أبو بكر ابن العربي: قاض، من حفاظ الحديث. ولد في إشبيلية، ورحل إلى المشرق، وبرع في الادب، وبلغ رتبة الاجتهاد في علوم الدين. وصنف كتبا في الحديث والفقه والأصول والتفسير والأدب والتاريخ. وولي قضاء إشبيلية، ومات بقرب فاس، ودفن بها، (٤٦٨ - ٥٤٣ هـ). من كتبه (العواصم من القواصم، أحكام القرآن، قانون التأويل). ينظر: الأعلام، ٢٦٠/٦.

[٣]) الموافقات، ١٩٦/٥.

[٤]) هو محمد بن علي الطيب، أبو الحسين، البصري: أحد أئمة المعتزلة.ولد في البصرة وسكن بغداد وتوفي بها (٤٣٦ هـ). وكان من اذكياء زمانه، ومن كتبه: (المعتمد، تصفح الأدلة، الإمامة، الانتصار في الرد على ابن الراوندي). ينظر: هداية العارفين، ٦٩/٢،الأعلام، ٢٧٥/٦.

[٥]) الإحكام في أصول الأحكام، علي بن محمد الآمدي، دار الكتاب العربي – بيروت، تحقيق : د. سيد الجميلي، الجميلي، الطبعة الأولى ، ١٤٠٤، ١٥٨/٤.

[٦]) ينظر: نهاية السول شرح منهاج الوصول، للإمام جمال الدين عبد الرحيم الإسنوي، دار الكتب العلمية - بيروت- لبنان، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ- ١٩٩٩م، ٢٤٩/٢.

قال الإمام الآمدي[1]: "يرجع إلى تفسير الاستحسان بالرجوع عن حكم دليل خاص إلى مقابله بدليل طارئ عليه أقوى منه، من نص أو إجماع أو غيره، ولا نزاع في صحة الاحتجاج به"[2]. فالأخذ بالاستحسان مقابل القياس ليس طارئاً بل هو الأصل، وحاصله الرجوع عن حكم دليل لطرآن دليل آخر أقوى منه، وهذا أعم من تخصيص العلة وعلى هذا التوجيه يدخل في الأحكام المتروكة.

وخلاصة مفهوم الاستحسان في المذهب الشافعي فيما يبدو لي هما:

- نقض حكم دليل شامل بحكم طارئٍ ثابت بنص، وهو يضم أعم من تخصيص العلة المعبر عنه بالنقض، ليشمل المتروك وهو وجه من وجوه الاجتهاد، والمراد بذلك هو قياس الدلالة.
- اعتبار الصحة والفساد، المقصود منه هو ما قوي دليله بخفي الصحة وتقديمه على الأثر ضعيف الدلالة ظاهر الصحة خفي الفساد.

المذهب الحنبلي: يمكن سوق بعض من التعريفات للاستحسان عند علماء الأصول وهي:

قال القاضي يعقوب[3]: "القول بالاستحسان مذهب أحمد -رحمه الله- وهو: أن تترك حكما إلى حكم هو أولى منه"[4]. بيّن أن صاحب المذهب يقول بالاستحسان ويحتج به على هذا المعنى وهو ترك حكم إلى حكم أولى منه واقوى منه، والاستحسان بهذا المعنى مما لا ينكره أحد.

قال الطوفي[5]: "العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل شرعي خاص"[6]. والمراد من ذلك ذلك أن يكون الاستحسان له دليل شرعي يستند إليه من كتاب أو سنة أو اجماع أو قياس، وهو

---

[1]) هو سيف الدين علي بن ابي علي بن محمد التغلبي الآمدي الحنبلي ثم الشافعي، جمع بين الحكمة والمنطق والكلام وبرع في الخلاف، ولد بآمد ٥٥١ وأقام ببغداد وتوفي بدمشق ٦٣١ه، ومن كتبه (غاية الامل في علم الجدل، دقائق الحقائق في الحكمة، أبكار الافكار). ينظر: سير أعلام النبلاء، ٢٦٣/١٦، الأعلام، ٣٣٢/٤.

[2]) الإحكام في أصول الأحكام، ١٥٩/٤، نهاية السول شرح منهاج الوصول، ٢٥٠/٢.

[3]) هو يعقوب بن إبراهيم البرزبيني، أبو علي: قاضي من فقهاء الحنابلة. من أهل " برزبين " من قرى بغداد. تفقه ببغداد، وتتلمذ على القاضي أبي يعلى، وولي بها قضاء باب الازج. وتوفي فيها "٤٨٦هـ". له كتب في الأصول والفروع، منها " التعليقة". ينظر: معجم المؤلفين، عمر بن رضا بن محمد راغب بن عبد الغني كحالة الدمشق (المتوفى: ١٤٠٨هـ)، مكتبة المثنى - بيروت، دار إحياء التراث العربي بيروت، ٢٣٩/١٣. الأعلام، ١٩٤/٨.

[4]) ينظر: روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، بن قدامة المقدسي، مؤسسة الريّان للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م، ٣١/٢.

[5]) هو سليمان بن عبد القوي بن الكريم الطوفي الصرصري، أبو الربيع، نجم الدين، فقيه حنبلي، من العلماء. ولد بقرية طوف - أو طوفا - (من أعمال صرصر: في العراق) ودخل بغداد سنة ٦٩١ ه، وتوفي في بلد الخليل (بفلسطين) ٧١٦ه، وقد اتهم بالانحراف والرفض من مصنفاته "الذريعة إلى معرفة اسرار الشريعة، علم الجذل في علم الجدل، التعيين". ينظر: هدية العارفين، ٤٠٠/١،الأعلام، ١٢٧/٣-١٢٨.

[6]) قواعد الأصول ومعاقد الفصول وهو مختصر لكتاب تحقيق الأمل في علمي الأصول والجدل، صفي الدين عبد المؤمن بن كمال البغدادي الحنبلي(٦٥٨-٧٣٩ه)، تحقيق وتعليق د. علي عباس الحكمي، الطبعة الاولى ١٤٠٩ه-١٩٨٨م، ص٧٧.

قريب من تعريف ابن قدامه المقدسي[1] حيث قال "العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص من كتاب أو سنة"[2] وأن التعريف يقتضي الاحتراز ما يستحسنه المجتهد الذي يسبق إلى فهمه دون أن يستند إلى دليل.

خلاصة مفهوم الاستحسان في المذهب الحنبلي فيما يبدو لي هو:

- ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء، وطرح لقياس يؤدي إلى غلوٍ في الحكم ومبالغة فيه، فيعدل عنه لمعنى يؤثر في الحكم[3].

مناقشة التعريفات:

من خلال متابعة النصوص المتقدمة لأقوال العلماء في بيان حقيقة الاستحسان، يتبين أنّ هنالك اتجاهات عدة في تحقيق معناه وتحديد ماهيته.

ومن خلال التأمل فيما تقدم من تعريفات الاستحسان، يبدو لي أن تعدد هذه التعريفات في الغالب إنما يعود إلى أنّ الذين عرفوه نظروا إليه من زوايا بعض الفروع التي تأملوها، فجاءت تعريفاتهم متلائمة مع نظراتهم الجزئية، وتكاد تتفق جميع التعريفات على أن في الاستحسان عدولاً أو تركاً أو وسيلةً أخرى تؤدي هذا المعنى، ولهذا السبب كانت تعريفاتهم متفاوتةً، وبعد النظر في عباراتهم يعود الخلاف إلى الدليل الذي تم به العدول أو الترك في حد تعبيرهم.

والذي يبدو لي، أننا لو تأملنا تأملاً دقيقاً بين هذه التعريفات من الناحية الشكلية، لوجدنا أكثرها تفتقد نقاط التقاء فيما بينها، وذلك لعدم تحقق معنى من المعاني التي يثبت بالأدلة، كالمفهوم الكلي الذي يتحقق في أفراده عند تحقق ذلك المعنى، وكذا النظرية القائمة بالذات، ولكن الأصوليون أغلبهم أكتفوا من الناحية الشكلية وهي استثناء جزئية من حكم أو قاعدة ولم يربطوا بين الأدلة التي يتحقق ذلك الاستثناء ولو فعلوا لكانت تعريفاتهم أكثر التقاء.

ومن ذكر الدليل الأقوى كان كلامه أكثر شمولاً؛ لأنّ الدليل قد يكون نصاً، أو مصلحةً، أو ضرورةً، أو قياساً، أو اجماعاً، أو غير ذلك إذا دُعي الأمر إلى التخفيف والتيسير، ومن المؤسف أني لم أجد من خلال النقولات السابقة من علماء الأصول المعنى الذي يتحقق به الاستحسان اهتماماً من الناحية الموضوعية، فالذي ذكروه متفقون فيه على الناحية الشكلية منه، وهي استثناء جزئية من حكم كليٍ، قاعدةً كانت أو قياساً، ونسبوه إلى الأدلة التي اثبتته، وقسّموه بحسب

---

[1]) هو عبد الله بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، أبو محمد، موفق الدين: فقيه، من أكابر الحنابلة، له تصانيف، منها " المغني، الكافي، البرهان في مسائل القرآن". ولد في جماعيل (من قرى نابلس بفلسطين) وتعلم في دمشق، ورحل إلى بغداد سنة ٥٦١ هـ فأقام نحو أربع سنين، وعاد إلى دمشق، وفيها وفاته ٦٢٠ ه. ينظر: سير أعلام النبلاء، ١٤٩/١٦، الأعلام، ٦٦/٤-٦٧.

[2]) روضة الناظر وجنة المناظر، ٣١/٢.

[3]) ينظر: كشف الأسرار، عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري (المتوفى : ٧٣٠هـ)، المحقق : عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية –بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ/١٩٩٧م، ٣/٤-٤، الإشارة في معرفة الأصول والوجازة في معنى الدليل، ص ٣١٢-٣١٣، الاعتصام، الشاطبي، ص٦٣٨، الإحكام في أصول الأحكام، ١٥٩/٤، نهاية السول شرح منهاج الوصول، ٢٥٠/٢، قواعد الأصول ومعاقد الفصول، ص٧٧، روضة الناظر وجنة المناظر، ٣١/٢.

اختلافهم، ولكنهم لم يبدوا اهتماماً من الناحية الموضوعية بما يدفع هذا الاستثناء الذي يجمعها خيط واحد بتنوع أدلة الاستحسان وهو التخفيف ورفع الحرج والتيسير، كما سيتضح لنا ذلك بوضوح من خلال بعض النقولات التي ذكروها له، ولكن لم توجه له الاهمية التي يستحقها.

فهذا الإمام الحلواني[1] يقول "الاستحسان ترك القياس والأخذ بما هو أوفق للنّاس وقيل: الاستحسان طلب السّهولة في الأحكام فيما يبتلى فيه الخاصّ والعامّ وقيل: الأخذ بالسّعة وابتغاء الدّعة[2] وقيل: الأخذ بالسّماحة وابتغاء ما فيه الرّاحة.

وحاصل هذه العبارات أنّه ترك العسر لليسر وهو أصل في الدّين"[3].

ولم يبحث الأصوليون عن المعنى المشترك الذي يربط بين الأدلة التي يتحقق بها هذا الاستثناء الا قليلاً منهم، ومن هؤلاء الإمام الشاطبي قال "كالمسائل التي يقتضي القياس فيها أمرا، إلّا أنّ ذلك الأمر يؤدّي إلى فوت مصلحةٍ من جهةٍ أخرى، أو جلب مفسدةٍ كذلك، وكثير ما يتّفق هذا في الأصل الضروري مع الحاجيّ والحاجيّ مع التّكميليّ، فيكون إجراء القياس مطلقًا في الضّروريّ يؤدّي إلى حرج ومشقّةٍ في بعض موارده، فيستثنى موضع الحرج، وكذلك في الحاجيّ مع التّكميليّ، أو الضّروريّ مع التكميليّ وهو ظاهر[4]"، مع أن هذه التعريفات التي ذكرها في المبسوط والموافقات فيهما تقرير لحقيقة الاستحسان وتبيان لبواعثه التي هي التيسير وإيثار التوسعة ورفع الحرج، خلافاً للتعريفات الموجودة في كتب أصول الفقه التي لم تبحث عن المعنى الموضوعي للاستحسان ولم يردوه إلى أصل بعينه.

ولذلك فإن الإمام الباجي[5] استبعد أن يكون الاستحسان هو الأخذ بأقوى الدليلين، وذكر أن هذا ليس هو الاستحسان، وإنما هو الأخذ بما ترجح من الدليلين المتعارضين[6].

وحاصل هذه العبارات أن الاستحسان من الناحية الموضوعية، هو ترك العسر لليسر وهو الأصل في العبارات التي تردّدت في كتب أصول الفقه، وهو أصل في الدين قال تعالى: ﴿ يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ ﴾[7]، وقال نبينا محمد صلى الله عليه وسلم: لأبي موسى

[1]) هو عبد العزيز بن أحمد بن نصر بن صالح الحلواني البخاري، الملقب بشمس الائمة: فقيه حنفي. نسبته إلى عمل الحلواء، وربما قيل له " الحلوائي " كان إمام أهل الرأي في وقته ببخارى. ومن كتبه "المبسوط، النوادر في الفروع" واختلف في سنة وفاته، (٤٥٦ أو ٤٤٨هـ). ينظر: سير أعلام النبلاء، ٣٧٠/١٣، الأعلام، ١٣/٤.
[2]) أي من غير تكلف كالميسور، وقد نال الشّيء وادعا من غير حرج. ينظر: مقاييس اللغة، ٩٦/٦.
[3]) المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: ٤٨٣هـ)، دار المعرفة – بيروت تاريخ النشر: ١٤١٤هـ-١٩٩٣م، ١٤٥/١٠.
[4]) الموافقات، ١٩٤/٥.
[5]) هو سليمان بن خلف بن سعد القرطبي، أبو الوليد الباجي: فقيه مالكي كبير، من رجال الحديث، مولده في باجة بالاندلس (٤٠٣ه)، وأقام ببغداد ثلاثة أعوام، وبالموصل عاما، وفي دمشق وحلب مدة. وعاد إلى الاندلس، فولي القضاء في بعض أنحائها. وتوفي بالمرية (٤٧٤ه). ومن كتبه (السراج في علم الحجاج، إحكام الفصول، في أحكام الأصول). ينظر: تذكرة الحفاظ، ٢٤٦/٣،الأعلام، ١٢٥/٣.
[6]) ينظر: إحكام الفصول في أحكام الأصول، الباجي، تحقيق عبد المجيد تركي، نشر دار الغرب، ص٦٨٧.
[7]) سورة البقرة: جزء من الآية ١٨٥.

ومعاذ رضي الله تعالى عنهما حينما وجّههما إلى اليمن ((يسّرا ولا تعسّرا وبشّرا ولا تنفّرا ....))[١].

فهذه النصوص تدل بوضوح على الأخذ بما فيه من التيسير والتبشير والابتعاد من التعسير والتشديد والتنفير.

وربما يلاحظ على التعريفات التي ذكرها الإمام الحلواني والإمام الشاطبي (رحمهما الله) أنها قد اقتصرت في البيان على الاستحسان ولم يشيرا عن فن التعريف، ولكنها تكشف عن لب الاستحسان وفحواه، وهو المقصود من ذلك.

ويمكن الحصول على هذه الحقيقة في التعريف عند جمعهما من الناحية الشكلية والموضوعية، ولاحظنا أنّ تعريف الإمام الكرخي (رحمه الله) أشمل تلك التعريفات وأوسعها فإنني لا اجد باساً من الأخذ به من الناحية الشكلية، ويعد تعريف الإمام الحلواني (رحمه الله) بما اتضح لنا أقرب من الناحية الموضوعية، ويمكن جمعهما في تعريف واحد بقولنا:

هو العدول في المسألة عن مثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه، لوجه يقتضي التخفيف والترخص بالكشف عن وجود حرج عند الحاق تلك الجزئية بنظائرها في الحكم الأول.

فهذا التعريف قد يكون جامعا بين ناحيتي الاستحسان الشكلية والموضوعية، إذ أنه أخذ من أغلب التعريفات الأصولية الناحية الشكلية، وأخذ من بعض تعريفات الأصوليين الذي اقتصروا في البيان على الناحية الموضوعية.

---

[١]) صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، باب ما يكره من التنازع والاختلاف، رقم الحديث/٣٠٣٨، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ، ٦٥/٤.

المطلب الثاني

أقسام الاستحسان وأنواعه

❖ **ينقسم الاستحسان على ثلاثة أقسام:**

<u>القسم الأول:</u> استحسان الترجيح[1]

والمقصود به أنه الآيل إلى ترجيح أحد الدليلين المتعارضين، فيكون الترجيح بقوة الأثر لا بالخفاء والظهور، ويسمى القياس الخفي أيضاً. ومثل ذلك: سؤر سباع الطير محرم الأكل؛ كالنسر والصقر، فمقتضى القياس تكون نجسة السؤر، قياساً على سؤر سباع البهائم: كالأسد والفيل؛ لأن لحم كلّ منهما نجس، فسؤر كلّ منهما نجس، فكذلك النسر والصقر؛ لأن الحكم باعتبار اللحم؛ لاختلاطه باللعاب المتولد من لحم نجس. أما مقتضى الاستحسان: طهارتها قياساً على سؤر الآدمي؛ لأنهما غير مأكولي اللحم، فيقدم الاستحسان على القياس الأول؛ لأنه أقوى تأثيراً، ولأنها تشرب بمنقارها، وهو عظم طاهر لا رطوبة فيه وغير نجس، فلا ينجس الماء بملاقاته[2].

<u>القسم الثاني:</u> استحسان الصحة

إن الاستحسان إما أن يكون صحيح الظاهر والباطن فيرجح على القياس ما لم يعارضه في اتحاد النوع[3]، ويترجح الاستحسان اذا كان فاسد الظاهر صحيح الباطن مع قياس بعكسه، ومن أمثلته اذا قال الزوج لزوجته إن حضت فأنت طالق، فقالت حضت طلقت أخذاً بالاستحسان لأنه لا يعلم الحيض الا من جهتها وهي أمينة في نفسها[4].

والذي يبدو لي أنّ هذا القسم لا يكون استحساناً إلا في قياس يعارضه

<u>القسم الثالث:</u> استحسان الاستثناء[5]

وفي هذا القسم تدخل سائر أنواع الاستحسان بالأدلة المختلفة، كالاستحسان بالنص أو ترك مقتضى الدليل للمصلحة ولرفع الحرج، أو ترك الدليل لمراعاة الخلاف عند المالكية[6].

وسنتعرض فيما يأتي إلى بيان تلك الأنواع، والتي جرت عادة الأصوليين على تسمية كل نوع من تلك الأنواع الكاشفة عن تحقيق التخفيف في الجزئية المستثناة بالاستحسان، أي الدليل

---

[1]) هو الذي قوي أثره في معارضة القياس الظاهر وإنّ كان خفياً.

[2]) ينظر: أصول السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، دار المعرفة – بيروت، ٢٠٤/٢، كشف الأسرار البزدوي، ٦/٤، شرح مختصر الروضة، سليمان الطوفي، المحقق : عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط/الأولى ، ١٤٠٧ هـ / ١٩٨٧ م، ٢٠١/٣.

[3]) ومعنى ذلك هو ان يتعارض بين القياس والاستحسان وكلاهما صحيح الظاهر والباطن، فيرجح القياس على كل الاستحسان وما عداه فيرجح الاستحسان على بقية القياس كصحيح الظاهر فاسد الباطن.

[4]) ينظر: فتح القدير، ١٢٦/٤، غاية الابرار شرح متن المنار، الشيخ نوري الحنفي، الطبعة/الاولى ٢٠١٤، ١٩٤/٢.

[5]) وهو استثناء مسألة جزئية من أصل عام لدليل خاص يقتضي هذا الاستثناء.

[6]) الموافقات، ١٩٦/٥، فتح القدير، ٢٠/٢.

الدال على استثناء الجزئية، ففي أغلب كتب الأصول ذكرت ثمانية أنواع من الاستحسان، وقد استتبع نوع من الخلاف في الأدلة المستثنية عند العلماء القائلين به.

فالاستحسان يمكن تقسمه تقسيماً إلى أنواع مختلفة تبعاً للدليل الذي يثبت به، فهو إما يكون استحسان بالنص، وإما بالإجماع، وإما بالضرورة، وإما بالعرف، وإما بالمصلحة، وإما لإيثار التوسعة ورفع المشقة، وإما بمراعاة الخلاف وإما لإجماع أهل المدينة أو غيرها.

١. الاستحسان بالنص: وهو يشمل كافة المثيلات التي استثناها الشارع من حكم نظائرها، كأن يرد نص معين يتضمن حكماً ثبت بالكتاب أو السنة خلافاً للحكم الكلي الثابت بالدليل العام أو القاعدة العامة فيهما، مثاله أية الوصية بقوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾[١]، وهي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، فمقتضى القاعدة المقررة عدم جوازها لأنه تمليك بعد زوال الملكية، الا انها استثنيت من القياس لحاجة الناس إلى تدارك ما فاتهم، "لأنّ الإنسان مغرور بأمله مقصّر في عمله فإذا عرض له عارض وخاف الهلاك يحتاج إلى تلافي ما فاته من التّقصير بماله على وجهٍ لو تحقّق ما كان يخافه يحصل مقصوده المآليّ"[٢]، فشرع هذا الحكم الذي لولاه لوقع الإنسان في الحرج.

ومثال الاستحسان بالسنة: جواز عقد السّلم، فان مقتضى القياس أو القاعدة العامة تأبى جوازه؛ لأن المعقود عليه معدوم عند العقد، لقوله صلى الله عليه وسلم: ((لا تبع ما ليس عندك))[٣]، غير أن السلم استثني من ذلك بدليل خاص، وهو قوله صلى الله عليه وسلم: ((مَنْ سَلَّفَ فِي تَمْرٍ، فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُوم، وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ))[٤]، وقد صرح الفقهاء بأن الحكمة لأجل المصلحة وإن كان على خلاف القياس[٥].

٢. الاستحسان بالإجماع: وهو أن يترك القياس في مسألة لانعقاد الإجماع على غير ما يؤدي إليه؛ وذلك كانعقاد إجماع المسلمين في حادثة ما على خلاف القياس أو القاعدة المقررة من أمثالها، أو بسكوتهم وعدم إنكارهم ما يفعله الناس[٦]، ومن أمثال هذا النوع:

صحة عقد الاستصناع، فإن القياس كان يوجب بطلانه؛ لأن محل العقد معدوم وقت إنشاء العقد، وهو التعاقد مع صانع على صناعة شيء مقابل ثمن معين، فمقتضى القياس بطلانه، ولكنه أجيز بالإجماع لتعامل الناس به في كل زمن، مراعاة لحاجة الناس إليه[٧].

---

[١]) سورة النساء: من الآية ١١.

[٢]) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي (المتوفى: ٧٤٣ هـ)، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٣١٣ هـ، ١٨٢/٦.

[٣]) حديث صحيح لغيره، ينظر: مسند الإمام أحمد بن حنبل، المحقق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠١ م، ٢٦/٢٤.

[٤]) صحيح البخاري، باب السلم، رقم الحديث ٢٢٣٩، ٨٥/٣.

[٥]) اصول السرخسي، ٢٠٣/٢- ٢٠٥.

[٦]) ينظر: اصول السرخسي، ٢٠٠/٢، شرح مختصر الروضة، ٢٠٢/٢، فتح القدير، ١١٤/٧.

[٧]) ينظر: قواطع الأدلة في الأصول، منصور بن محمد بن عبد الجبار بن أحمد المروزى السمعاني التميمي الحنفي ثم الشافعي (المتوفى: ٤٨٩هـ)، المحقق: محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ/١٩٩٩م، ٢٦٩/٢.

٣. الاستحسان بالضرورة: وهو أن يترك العمل بمقتضى القياس لدليل الضرورة، ويتحقق هذا النوع في كل جزئية يكون الأخذ بها وفق الأصل العام أمراً متعذراً أو ممكناً لكنه يلحق بالمكلف مشقةً وعسراً شديدين، فيعدل عن مثل ما حكم من نظائرها لرفع الحرج[١]، قال الإمام السرخسي: "فَإِن الْحَرج مَدْفُوع بِالنَّصِّ وَفِي مَوضِع الضَّرُورَة يتَحَقَّق معنى الْحَرج لَو أَخذ فِيهِ بِالْقِيَاسِ فَكَانَ متروكاً بِالنَّصِّ"[٢]. ولبيان معنى هذا النوع من الاستحسان لابد من معرفة حالة الضرورة التي يتم استثناؤها من الأصل الثابت.

غير أن الاستحسانات الواردة عن العلماء لهذا السبب متعلقة بخوف التلف أو الموت[٣]، ويمكن أن أقول أن الضرورة ربما تطرأ على جميع الامور التي يحتاجها المكلف، بحيث لو لم تراعَ لخيف أن تضيع مصالحه الضرورية، بالتنبيه للضوابط التي لابد من تحققها لمن أراد تفعيلها في الاجتهاد، وسأكتفي بذكر مثلا وارداً في كتب الفقه والأصول، جواز الشهادة في النسب وولاية القاضي والنكاح والدخول، فالقياس يقتضي عدم جواز الشهادة في النسب وولاية القاضي والنكاح والدخول؛ لأن الشهادة مشتقة من المشاهدة، وذلك بالعلم ولم يحصل في هذه الأمور، لكن عدل عن هذا الحكم إلى حكم آخر، وهو جواز الشهادة في كلهنّ ضرورة؛ لأنه لو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامح؛ لأدى إلى الحرج وتعطيل الأحكام[٤].

٤. الاستحسان بالعادة والعرف: وهو أن يتعارف الناس شيئاً مخالفاً للقياس أو القاعدة العامة نزولاً تحت وطأة الحاجة، فيترك موجبه كقول القائل ويقسم بالله لا أكل لحماً، فأكل سمكاً فالقياس يقتضي الحنث؛ لأنَّ الله سمى السمك لحماً في قوله تعالى: ﴿وَمِن كُلٍّ تَأْكُلُونَ لَحْمًا طَرِيًّا﴾[٥] وهو السمك[٦]، ولكن عدل عن القياس استحساناً؛ لان بعرف الناس وعادتهم وعادتهم لا يقصدون بمثل هذا الحقائق العرفية معانيها اللغوية، ومنه اتباع عادات الناس وما يطرد به عرفهم كمصيرهم إلى أن بيع المعطاة صحيحة لأن الاعصار لا تنفك عنه، وهو دفع ثمن المبيع للبائع وأخذ المبيع عن تراض بينهما، دون أن يتلفظ أحدهما بشيء، جائز عند أكثر العلماء[٧].

٥. الاستحسان بالمصلحة: اتفق العلماء على أنّ أحكام الله وضعت لمصالح العباد، ونقل الإمام الآمدي الإجماع على ان الأحكام لا تخلو من حكمة ومقصود ودلّ ذلك بالاستقراء من

---

[١]) ينظر: شرح مختصر الروضة، ٢٠٢/٢، كشف الاسرار، ٦/٤-٨، فتح القدير، ١١٤/٧.

[٢]) اصول السرخسي، ٢٠٣/٢.

[٣]) ينظر: الإحكام في أصول الأحكام، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: ٤٥٦هـ)، المحقق: الشيخ أحمد محمد شاكر، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ٦٧/٣.

[٤]) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٩٥/٢ و ٤٤/٣، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، أحمد بن محمد مكي، أبو العباس، شهاب الدين الحسيني الحموي الحنفي (المتوفى: ١٠٩٨هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م، ٢٠٣/٣.

[٥]) سورة فاطر: من الآية ١٢.

[٦]) ينظر: تفسير مقاتل بن سليمان، أبو الحسن مقاتل بن سليمان بن بشير الأزدي البلخى (المتوفى: ١٥٠هـ)، المحقق: عبد الله محمود شحاته، دار إحياء التراث – بيروت، الطبعة: الأولى - ١٤٢٣ هـ، ٥٥٤/٣.

[٧]) ينظر: الفروق، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: (المتوفى: ٦٨٤هـ)، عالم الكتب، ٢٥١/٣، شرح مختصر الروضة، ٢٠٢/٣.

خلال نصوص الشريعة وأحكامها على ذلك[١]، والمقصود من هذا النوع من الاستحسان هو اخراج جزئية ما عن حكم القياس أو القاعدة العامة التي يتحقق بها رفع الحرج والمشقة عن الناس وتيسير معاملاتهم ألا وهي المصلحة، ونجد هذا النوع من جهة التطبيق في فقه جميع المذاهب وان لم يذكره بعض الفقهاء من الاستحسان، ونكتفي بذكر بعض الامثلة: تضمين الاجير المشترك مع ان القياس يمنع ذلك[٢]، وإن كان من الاستصلاح إلا أنه لمّا كان وارداً مورد الاستثناء من القاعدة العامة وهي براءة المؤتمن فانهم عدوه استحساناً. وقد مثل بالقرض عند المالكية، وأن الأصل في هذا الباب المنع، فانه ربا النساء في الأصل لأنه الدرهم بالدرهم إلى اجل، ولكنه ابيح لما فيه من التوسعة للمحتاجين ومراعاة المصلحة[٣]، والامثلة على ذلك كثيرة.

٦. الاستحسان بتفاهة الشيء: ويبدو هذا النوع عملت به جميع المذاهب وان لم تسمه استحساناً، وعلى ذلك فان الجزئيات التي يتحقق بها وصف التفاهة لقلتها تستثنى من مقتضى الدليل أو القاعدة العامة، قال الإمام الشاطبي: "أَنَّ التَّافِهَ فِي حُكْمِ الْعَدَمِ، وَلِذَلِكَ لَا تَنْصَرِفُ إليه الْأَغْرَاضُ فِي الْغَالِبِ، وَأَنَّ الْمَشَاحَّةَ فِي الْيَسِيرِ قَدْ تُؤَدِّي إلى الْحَرَجِ وَالْمَشَقَّةِ"[٤]، وهذا النوع صرح به أصوليو المالكية، ويبدو أن هذا الأمر في جميع ابواب الفقه وقد جعله المالكية واحداً من أنواع الاستحسان لإيثار التوسعة ورفع المشقة، وضربوا له الأمثال[٥]، ومن أمثلة هذا النوع المعفو عنه وذلك في باب النجاسات التي لا يدركها البصر، وكدم الذباب والبعوض وما يكون في أرجلهما من النجاسات، والبول مثل رؤوس الإبر ليس بشيءٍ مع أنّ القياس يقتضي في كل ذلك النجاسة[٦]، ولكن العلماء أفتوا بما يجلب يجلب التيسير والتخفيف والتوسعة دون التضييق والمشقة لعدم الاحتراز منه غالباً.

٧. الاستحسان بمراعاة الخلاف: اختلف العلماء فيه احتياطاً أو اجتناباً أو امتثالاً، ويعنى به تصحيح التصرف المخالف بعد الوقوع أو فوات الأوان، وعرفة أبن عرفة[٧] فقال: "إعمالُ

---

[١]) ينظر: الإحكام في أصول الأحكام، ١٨٩/٢.

[٢]) ينظر: الفصول في الأصول، ٢٦٨/٤، قواطع الأدلة في الأصول، ٣٣٣/٢، المحصول، للقاضي أبن العربي المالكي، ص ١٣١.

[٣]) الموافقات، ٥٢٠/٢، الذخيرة، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: ٦٨٤هـ)، دار الغرب الإسلامي- بيروت، الطبعة: الأولى، ١٩٩٤ م، ٢٨٧/٥.

[٤]) الاعتصام، ص ٦٤٢.

[٥]) ينظر: الفروق، ١٤٦/٤.

[٦]) ينظر: الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: ٩٧٧هـ)، المحقق: مكتب البحوث والدراسات - دار الفكر، دار الفكر – بيروت، ٩١/١، الكافي في فقه الإمام أحمد، ١٥٨/١، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، شمس الدين محمد الطرابلسي المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي (المتوفى: ٩٥٤هـ)، دار الفكر، الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م، ١٠٥/١، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مَازَةَ البخاري الحنفي (المتوفى: ٦١٦هـ)، المحقق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤ م، ٢٠٣/١.

[٧]) هو محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي، أبو عبد الله: إمام تونس وعالمها وخطيبها في عصره، مولده ووفاته ووفاته فيها (٧١٦ - ٨٠٣ هـ). تولى إمامة الجامع الأعظم سنة ٧٥٠ ه، من كتبه (المختصر الكبير، مختصر الفرائض، الحدود). ينظر: الأعلام، ٤٢/٧-٤٣.

دليل ـ أي المخالف ـ في لازم مدلوله الذي أُعمِلَ في نقيضه دليلٌ آخر"[1]، وقد ذُكر هذا الأصل عند جميع المذاهب وإن لم يسموه بهذه التسمية مراعاة للخلاف مع توافر شروطه[2]، وأكتفي بذكر دليلٍ من السنة المطهرة، مع تقريره وبيان وجهة دلالته على المطلوب، أن الأصل في المرأة أنها لا تزوج نفسها ولا تزوج غيرها، وانَّ إجراءَها العقد بهذه الطريقة باطل، للحديث ((أَيُّمَا امرأة نُكِحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وليها، فنكاحها بَاطِلٌ بَاطِلٌ بَاطِلٌ)) ـ ثُمَّ قَالَ:ـ ((فَإِنْ دَخَلَ بِهَا، فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْهَا))[3]، فحكم ببطلان العقد، وأكده بالتكرار، فمن مقتضيات السياق عدم اعتبار العقد صحيحاً، لكنّ النبي صلى الله عليه وسلم عقّبه بتصحيح للمنهي عنه من وجهٍ بعد الوقوع بقوله: ((فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْهَا))، ولذلك يقع الحكم بصحته على الجملة مراعاة للخلاف كما يلاحظ في المثال تكون بعد الوقوع، لما يقترن بالدخول من الامور التي ترجح ذلك، ويعد استثناء مما يقتضيه دليل المذهب الراجح عندهم[4]. والتيسير واضح فيه، نظراً لتصحيح التصرف.

[1]) شرح حدود ابن عرفة، محمد بن قاسم الأنصاري، أبو عبد الله، الرصاع التونسي المالكي (المتوفى: ٨٩٤هـ)، المكتبة العلمية، الطبعة: الأولى، ١٣٥٠ه، ص ١٧٧.

[2]) ينظر: الموافقات، ١٩١/٥، حاشية العطار على شرح جمع الجوامع، حسن العطار الشافعي (المتوفى: ١٢٥٠هـ)، دار الكتب العلمية، ١٨١/٢، مراقي الفلاح، حسن الشرنبلالي الحنفي (المتوفى: ١٠٦٩هـ)، المكتبة العصرية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٥ م، ص ٢١٨، الفروع، محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي الرامينى ثم الصالحي الحنبلي (المتوفى: ٧٦٣هـ)، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ مـ، ٣٠/٥.

[3]) هذا حديث حسن. ينظر: سنن الترمذي، تحقيق وتعليق: محمد فؤاد عبد الباقي، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي – مصر، الطبعة: الثانية، ١٣٩٥ هـ - ١٩٧٥ م، رقم الحديث/١١٠٢، ٣٩٩/٣.

[4]) ينظر: الموافقات، ١٩١/٥، فتح القدير، ٢٦١/٥.

المطلب الثالث
حجية الاستحسان

سأتناول في هذا المطلب بيان آراء مذاهب الفقهاء في الاحتجاج بالاستحسان، وتفصيل القول في أدلتهم التي استندوا إليها في إثبات ما ذهبوا إليه، مع مناقشتها، ثم أبين الرأي الذي يبدو أنه الراجح منها.

ولكني قبل أن أصل إلى حقيقة حجية الاستحسان والقائلين به والمانعين، أودُّ أن أشير إلى أنه ليس هنالك استحسان مختلف فيه كما قال جماعة من المحققين من الناحية الموضوعية، ومن خلال العبارات السابقة يمكن فهم الحقيقة الآتية، أنّ المخالفين لا ينكرون على بعضهم الاستحسان بالنص، أو بالإجماع، أو بالضرورة؛ لأن ترك القياس بهذه الدلائل مستحسن بالاتفاق، وإنّما أنكروا عليه الاستحسان بالرأي فإنه ترك للقياس بالتشهي[1]، ويمكن القول في بداية الكلام ان التركيز منصب على الأسس والضوابط العامة لموضوع الاستحسان، للوصول إلى بيان تحديد المفهوم على هذه الجزئية، لذا ستكون دراسة هذا المطلب من الناحية الشكلية، وفي سبيل ذلك قُسم هذا المطلب على ثلاثة أقسام تحتاج إلى شيء من التفصيل، تناولت في أوله شبه أدلة النافين ومناقشتها، وثانيه أدلة المثبتين ومناقشتها، وأبين في ثالثه ما أراه من استدلال على حجية الاستحسان، وبيان نقاط الالتقاء والافتراق فيما بينهما، لأن طبيعة الإنسان منهم من يميل إلى التمسك والاحتياط، ومنهم من يميل إلى التيسير والتسهيل، ومنهم ذو الطبيعة المنبسطة، ومنهم ذو الطبيعة المنكمشة، ولا شك أن هذا التغيير يستلزم الاختلاف في الآراء.

الفريق الأول: القائلون بعدم حجية الاستحسان وأدلتهم ومناقشتها

لعل أكثر من تصدّوا لهذا النوع من الاستدلال بالنقد هم الشافعية والظاهرية والمعتزلة والشيعة الإمامية وبعض من بقية المذاهب الأخرى[2]، واستدل النافون على أن التعليل بالحكمة غير المنضبطة أو نقل الحكم إلى غير موضعه لمجرد تحصيل منفعة أو دفع مفسدة لا برهان على ترتيب ذلك الحكم عينه فانه يقع في أخطاء فقهية كثيرة، ويتلخص اعتراض المنكرين بما يأتي[3]:

١) أنه لا يجوز الحكم إلّا بالنص أو بما يقاس على النص، لان الله لم يترك الإنسان سدى، بل بيّن شرعه بالنص واتباع جماعة المسلمين والقياس على ما مر، فاستنباط الأحكام بطريق غير هذه الطرق هو اجتهاد بالهوى والتشهي، والاستحسان كذلك، لأنه ليس على برهان يقتضي ذلك، بل هو حكم بالتشهي والتلذذ.

---

[1]) ينظر: إرشاد الفحول، محمد بن علي بن محمد الشوكاني اليمني (المتوفى: ١٢٥٠هـ)، المحقق: الشيخ أحمد عزو عناية، دمشق - كفر بطنا، دار الكتاب العربي، الطبعة: الطبعة الأولى ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م، ١٨٣/٢.

[2]) ينظر: الرسالة، ص ١٣ و ٥٠٣- ٥٠٧، الإحكام لابن حزم، ١٧/٦، اصول الفقه، محمد رضا المظفر المتوفى(١٩٦٤)، دار النعمان، العراق سنة ١٩٦٦م، ٢٠٥/٣، اصول الاستنباط، علي تقي الحيدري، مطبعة الرابطة، ط/ الثانية بغداد، ١٩٥٩م، ص ٢٦٤، اصول الفقه للزحيلي، ٧٤٨/٢، إرشاد الفحول، ١٨٢/٢، حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، حسن بن محمد بن محمود العطار الشافعي (المتوفى: ١٢٥٠هـ)، دار الكتب العلمية، ٣٩٥/٢.

[3]) ينظر: المحصول، أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري (المتوفى: ٦٠٦هـ)، دراسة وتحقيق: الدكتور طه جابر فياض العلواني، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الثالثة، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧م، ١٢٦/٦ ، الرسالة، ص ٥٠٧، الاحكام لابن حزم، ١٦/٦ وما بعدها، اصول الفقه للمظفر، ٢٠٥/٣.

٢) إن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يلجأ إليه، بل أنكر على من قام بقتل من أسلم من المشركين تحت ظلال السيوف.

٣) إنه لا ضابط له ولا معيار لتمييز الحق من الباطل فيه، فمن اجاز لنفسه الاستحسان فانه يجيزه لكل انسان ان يشرع لنفسه شرعاً جديداً.

٤) إن الله تعالى قال: ﴿فَإِن تَنَٰزَعۡتُمۡ فِي شَيۡءٖ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ إِن كُنتُمۡ تُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِۚ ذَٰلِكَ خَيۡرٞ وَأَحۡسَنُ تَأۡوِيلًا﴾[1]، ولو كان الاستحسان مما يمكن ان يرد إليه لقاله.

٥) الاستحسان اساسه العقل، وليس بإمكان العقل ان يتوصل إلى الأحكام ابتداءً من دون السماع، ولا يوجد شيء من ذلك بل هو من الملازمات العقلية الثابت بالأدلة.

٦) ربما يؤدي إلى إبطال الحقائق وتضاد الدلائل وتعارض البراهين؛ لأنّ همم العلماء وطبائعهم وأغراضهم مختلفة، وهذا يؤدي إلى إبطال الحقائق الشرعية.

ويلاحظ أن هذه الاعتراضات تتجه لإنكار التشريع بالتشهي والتلذذ، وهذا لا مجال للخلاف فيه، وقد اشتهر بالنقد والتصدي لهذا النوع من الاستدلال الإمام الشافعي رحمه الله حيث قال "حراماً على أحد أن يقول بالاستحسان إذا خالف الاستحسانُ الخبرَ"[2]، وثبت أنه عقد فصلاً في كتابه الام سمّاه ابطال الاستحسان وقال فيه لا يجوز ان يفتي أو يحكم بالاستحسان حيث شاؤوا[3]، وقال الإمام ابن السبكي في معناه "إن من قال بالاستحسان فقد قال قولًا عظيمًا ووضع نفسه في رأيه واجتهاده واستحسانه على غير كتاب ولا سنة موضعها في أن يتبع رأيه كما ابتغاه"[4].

وأما ابن حزم فقد تعرض لهذا الدليل في أكثر من موضع في إبطال الاستحسان بأنه قول من غير دليل، وأنه اتباع للهوى والضلال[5]، وقد اعتبره الإمام الغزالي في ميدان التشريع هوساً؛ لأنه خلط ووهم وخيال[6]، وقال ابن حزم "ومن المحال أن يكون الحق فيما استحسنا دون برهان لأنه لو كان ذلك لكان الله تعالى يكلفنا ما لا نطيق ولبطلت الحقائق"[7]، فيتلخص عدم القول بالاستحسان من غير حجة دلت عليه، والقول به غير سائغ.

وقد اشتهر ان الإمام الشافعي عمِل بالاستحسان واخذ به في بعض المواضع[8]، ولكني لم أجد أجد في كلامه أنه تعرض لهذا الدليل سواء كان في كتابه الام أم الرسالة الأصولية من الناحية الاصطلاحية، وخلاصة القول أنه استند إليه وبنى وجهة نظره على معناه اللغوي ليس غير، فيكون إنكاره حينئذٍ منصباً على اطلاق لفظ الاستحسان على دليل قائم بذاته إلى جانب الأدلة المعتبرة في استنباط الأحكام الشرعية، إذا فهو إنكار على الاصطلاح من الناحية الشكلية، وإنكار على اعتباره دليلاً مستقلاً، وقد استحسن الإمام التفتازاني[9] هذا الإنكار بما لا يعرف معناه، وبنى

---

[1]) سورة النساء، جزء الآية ٥٩.

[2]) الرسالة، ص ٥٠٣.

[3]) ينظر: الام، ١٣/٧-١٥.

[4]) الاشباه والنظائر، ١٩٤/٢.

[5]) ينظر: الاحكام لابن حزم، ١٦/٦-١٧.

[6]) ينظر: المستصفى، ص ١٧١- ١٧٣.

[7]) الاحكام لابن حزم، ١٧/٦.

[8]) الاحكام في اصول الاحكام، ١٥٩/٤.

[9]) هو مسعود بن عمر بن عبد الله التفتازاني، المعروف بسعد الدين، ولد بتفتازان (٧١٢ه من بلاد خراسان) وأقام بسرخس، وأبعده تيمورلنك إلى سمرقند، فتوفى فيها(٧٩٣ه)، ودفن في سرخس، كان من أئمة العربية

وجهة نظره على ان مثل هذا العمل لا وجه لقبوله، وأن الإنكار كان ضرورياً في البداية لتحديد معنى ما يقولون[1].

وقال ابن حزم في انكاره "من المحال أن يكون الحق فيما استحسنا دون برهان؛ لأنه لو كان ذلك لكان الله تعالى يكلفنا مالا نطيق، ولبطلت الحقائق"، وقال أيضاً: " الحق حق وإن استقبحه الناس، والباطل باطل وإن استحسنه الناس، فصح أن الاستحسان شهوة واتباع للهوى وضلال، وبالله تعالى نعوذ من الخذلان[2]"، فهو ذهب إلى انكار استعمالات الاستحسان بجميع وجوهه المنصبه على ما طابت عليه أنفس المستحسنين، مما يؤدي إلى ابطال الحقائق وتضاد الدلائل[3].

وأما الشيعة الإمامية فقد كان اعتراضهم على أصل الأدلة من القياس والرأي وما ينبثق عنهما من الاستحسان وغيره، وقد رأوا بعدم الاحتجاج به بشدة، بحجة ورود أحاديث شتى تناقض العمل به وترده، ودعواهم ان القياس مظنون، وأنه لا يجوز العمل بالظن ما لم يثبت به الشرع حجة كخبر الواحد، فالاستحسان داخل في حكم القياس فهو مردود من طريق أولى، فلا يجوز العمل بالظن ما لم يثبت به من الشرع، وأن كل نوع من أنواع الاستحسان وأقسامه قامت على صحتها براهين واضحة من الأدلة[4].

- **مناقشة النافين:**

والذي يبدو من كلام الإمام الشافعي إنكار الاستحسان، فيمكن حمله على القول في الشرع بمجرد الهوى والتلذذ، وكان يعني به مجرد الرأي من غير أنْ يكون مستنداً إلى أصل شرعي، ونابع عن ما ينقدح في ذهن المجتهد، ووصفه بعضهم أيضاً بأنه هوس وخيال ووهم، والنصوص التي جاءت لبيان رأي الإمام الشافعي في الاستحسان، لا يحتاج إلى مزيد إيضاح وتفصيل، لكونها صريحةً أنه لا يجوز عنده القول بالاستحسان، بغض النظر عن المعنى الذي يقصد به[5].

ويناقش هذا الاستدلال بأمور:

إنَّ ابطال الاستحسان بدعوى أنه يؤدي إلى تباين الأحكام لمعنى ينقدح بعقل المجتهد وما يميل إليه الإنسان ويهواه من الصور والمعاني فهذا لا خلاف فيه، وهو ما ثبت عند أكثر متقدمي الحنفية[6]، وقد بنوا أحكاماً ومن أمثلتها إقامة الحد على المتهم وقد شُوهدَ من زوايا مختلفة وهو يزني، فتثبت رؤية الشهود ويحد المتهم استحساناً، علماً أن الأليق ان لا يحد استحساناً لدرء الحدود بالشبهات كما هو مجمع عليه عند الجميع[7]، ولا ريب ان هذا الكلام سديد في توجيه انكار القول بالاستحسان، فالإنكار ليس من انه دليل مستقل لم يأت به التشريع، وأنما ترجمة الكلمة كانت غير لائقة، لكونها نابعة من الرأي المجرد، وهو ما يفسح المجال لأولي الزيغ والبدع.

والبيان والمنطق، من كتبه (تهذيب المنطق والمطول والمختصر ومقاصد الطالبين في علم الكلام وشرح مقاصد الطالبين وإرشاد الهادى وشرح العقائد النسفية وحاشية على شرح العضد على مختصر ابن الحاجب في الأصول، و التلويح إلى كشف غوامض التنقيح وشرح التصريف العزي في الصرف، وهو أول ما صنف من الكتب، وكان عمره ست عشرة سنة، وشرح الشمسية. ينظر: الأعلام، ٢١٩/٧.

[1]) ينظر: شرح التلويح على التوضيح، ١٧٢/٢،الاحكام، ١٥٧/٤.

[2]) الاحكام لابن حزم، ١٧/٦.

[3]) ينظر: الاحكام لابن حزم، ١٦/٦ وما بعدها.

[4]) ينظر: اصول الفقه، محمد رضا المظفر، ٢٠٥/٣، اصول الاستنباط، الحيدري، ص ٢٦٤.

[5]) الرسالة، ص ٥٠٣، ينظر: الام، ١٣/٧-١٥، المنخول، ص ٤٧٩.

[6]) ينظر: ضوابط المصلحة، ص ٢٣٧.

[7]) ينظر: البحر المحيط، ١٠٢/٨.

ولكن ما ينبغي قبولُه لدى التخاصم والاحتجاج، أن رجلاً من أهل الحل والعقد ويسلك طريق أهل السنة وبلغ درجة الاجتهاد الا ظننّا فيه الخير، والصلاح، والتقوى، ومجانبة التلذذ بالهوى، فكيف به إذا كان في منزلة الإمام الأعظم، إمام أهل الراي واقتداره على الاستنباط في غاية الدراية والتبصر بأحكام الشريعة، ذلكم الإمام ابو حنيفة رحمه الله.

وأما المعنى الذي استقرّ عليه الحنفية من المتأخرين الذي تسبق إليه الافهام عن دليل يقابل القياس الجلي فلا غبار عليه عند الفقهاء[1]، لأن إبطاله يؤدي الى تعطيل باب الاجتهاد مطلقاً، لأنَّ الاختلاف واقع بين المجتهدين في الاستنباط من المصادر كافة، ولا وجه لتخصيص، أي: دليل من الأدلة، وانا لنجد الإمام الشافعي يقول بذلك في بيان اختلاف القائلين في مسألة لها أصلان، فيذهب ذاهب إلى أصل، والآخر إلى أصل غيره[2].

والقول بان الرسول لم يلجأ إليه، فصحيح أنه صلى الله عليه وسلم لم يرد عنه لفظ الاستحسان، ولكن ثبت عنه ما استثناه من مقتضى القاعدة أو القياس، كما ثبت للإمام الشافعي أنه لجأ إليه في أحكام كثيرة، غير أنه لم يسندها إليه، وانما اسندها إلى دليل غيره[3].

وأما قول أبن حزم الظاهري أن الاستحسان راجع إلى ما طابت أنفس المستحسنين به، فلربما أصاب ان كان يقصد الاستحسان الذي بُني على غير دليل شرعي في بداية الأمر، وانكاره ضروريٌ لتحديد معنى ما يقولون، ولكن الفقهاء بعد ذلك جعلوا له ضوابط وقيود، وانه راجع للنصوص الشرعية، حيث لا يخرج في جميع أنواعه عن ان يكون مشمولاً بقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيۡكُمۡ فِي ٱلدِّينِ مِنۡ حَرَجٖ[4]﴾، فغير مسلم انكاره لعموم الاستحسان من هذه الناحية.

وقوله إنه يؤدي إلى إبطال الحقائق وتضاد الدلائل، واحتجاجه بقوله تعالى: ﴿فَإِن تَنَٰزَعۡتُمۡ فِي شَيۡءٖ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ[5]﴾، فلا يُسلم له بحجة أنه لم يقل فردوه إلى ما تستحسنون، لأنه استدلال بعيد، علماً أنه لم يقل فردوه إلى ما تجمعون عليه، بل ان الاستحسان مردود إلى الله والرسول وما ثبت عنهما من النصوص الشرعية، بما ذكرناه من نماذج في الاستحسان.

وأما مناقشة كلام الشيعة باعتراضهم على القياس والاستحسان، وانهما ثابتان بإدراك العقل استقلالاً، فيقال لهم بشان ما أوردوه إن القائلين بالقياس والاستحسان لم يقولوا ان العقل يستقل بإدراك الأحكام استقلالاً، ولو نظروا إلى أنواعهما لعلموا أنه لابد من دليل، ودعواهم أنه مظنون، كلام في غير محله ولا وجه له؛ لان القياس ثابت بالنص مما لا مجال للكلام فيه، وما يترتب عليه من كشف الحكم يفيد الظن، وليس له علاقة بأصل الدليل، لأن أغلب الأحكام ظنية الثبوت[6].

---

[1]) ينظر: المستصفى، ص ١٧١.
[2]) ينظر: ضوابط المصلحة، ص ٢٤٥- ٢٤٧.
[3]) ينظر: الإحكام في أصول الأحكام، ١٥٤/٤.
[4]) سورة الحج، جزء الآية ٧٨.
[5]) سورة النساء، جزء الآية ٥٩.
[6]) ينظر: ضوابط المصلحة، ص ٢٣٥- ٢٣٦.

الفريق الثاني: القائلون بحجية الاستحسان وأدلتهم ومناقشتها

استدل المثبتون لهذا النوع من الاستدلال بالاستثناء من القواعد لحاجة الناس، واخراج المنافع تحصيلاً لمصالح العباد ورفع الحرج عنهم وهم الحنفية والمالكية والحنابلة والأباضية وبعض الشافعية[1]، واستدل القائلون بأدلة منها ما هي من النص، ومنها ما هي من الإجماع، ونعرض بعضاً لهذه الأدلة ثم نناقشها:

١. استدلوا من كتاب الله على ذلك بقوله تعالى:﴿ وَٱتَّبِعُوٓاْ أَحۡسَنَ مَآ أُنزِلَ إِلَيۡكُم مِّن رَّبِّكُم ﴾، وقال تعالى: ﴿ ٱلَّذِينَ يَسۡتَمِعُونَ ٱلۡقَوۡلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحۡسَنَهُۥٓ ﴾، فالآية الأولى يفهم منها باتباع أحسن ما انزل وهو يدل على ترك بعض واتباع بعض ليس لأمر إلا لأنه أحسن، وهذا معنى الاستحسان في الآية الأولى كما ذكره الإمام عَضُد الدين الإيجي[2]، فأصبح الأمر فيها للوجوب فيكون اتباع أحسن ما أُنزل واجباً وترك ما عداه[3]، والآية الثانية مدحت والزمت باتباع أحسن الأقوال المستمع إليها، فيكون الاستحسان داخلاً ضمنها[4].

٢. استدلوا من السنة المطهرة بما رواه الصحابي الجليل عبدالله بن مسعود رضي الله عنه أنّه قال: "إنّ الله عز وجل نظر في قلوب عباده فاختار محمداً صلى الله عليه وسلم فابتعثه برسالته، ثم نظر في قلوب العباد فاختار له أصحاباً، فجعلهم أنصار دينه ووزراء نبيه، فما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح"[5]، قالوا بأن هذا يدل على ان ما رآه الناس في عاداتهم ونظر عقولهم مستحسناً فهو حق في الواقع لأنّما ليس بحق فليس بحسن عند الله، لأنّه لو لم يكن كذلك لما كان عند الله حسناً ولأنّ الأمر يفيد رجحان مصلحة الوجود فهو بذلك أصبح حجة[6].

٣. استدلوا من الإجماع وهو ان الأمة استحسنت ترك القياس لانعقاد الإجماع على غير ما يؤدي إليه، كانعقاد إجماع المسلمين على صحة دخول الحمام من غير تقدير

---

[1]) ينظر: كشف الأسرار، ٣/٤-٤، الإشارة في معرفة الأصول والوجازة في معنى الدليل، ص ٣١٢-٣١٣، الاعتصام، الشاطبي، ص٦٣٨، المستصفى، ص ١٧١، الإحكام في أصول الأحكام، ١٥٩/٤، نهاية السول، ٢٥٠/٢، قواعد الأصول ومعاقد الفصول، ص٧٧، روضة الناظر وجنة المناظر، ٣١/٢.

[2]) هو عبد الرحمن بن أحمد بن عبد الغفار، أبو الفضل، عَضُد الدين الإيجي: عالم بالأصول والمعاني والعربية. من أهل إيج (بفارس) ولي القضاء، وأنجب تلاميذ عظاما. وجرت له محنة مع صاحب كرمان، فحبسه بالقلعة، فمات مسجونا سنة (٧٥٦ه). ومن تصانيفه (المواقف، العقائد العضدية، أشرف التواريخ، جواهر الكلام). ينظر: هدية العارفين، ٥٢٧/١،الأعلام، ٢٩٥/٣.

[3]) ينظر: شرح مختصر المنتهى، عضد الدين الإيجي الشيرازي الشافعي، مطبعة الاميرية، سنة ١٣١٦-١٣١٧هـ، ٢٨٩/٢.

[4]) ينظر: المبسوط للسرخسي، ١٤٥/١٠، الإحكام في أصول الأحكام، ١٥٩/٤.

[5]) اسناده حسن من أجل عاصم وهو ابن أبي النجود، وبقية رجاله ثقات رجال الشيخين غير أبي بكر وهو ابن عياش، فمن رجال البخاري، وأخرج له مسلم في "المقدمة" ، ينظر: مسند الإمام أحمد، المحقق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، ٨٤/٦.

[6]) ينظر: كشف الاسرار، ١٣/٤-١٤، أثر الادلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، د. مصطفى ديب البُغا، دار القلم- دمشق، ط/ الثالثة، ١٤٢٠ه، ١٩٩٩م، ١٣٤/٢.

أجرة وعوض الماء ولا تقدير مدة السكون واللبث فيه، ولا سبب لذلك الا ان المشاحة في مثله قبيحة في العادة، فاستحسن الناس تركه[1].

٤. استدلوا بافعال الصحابة، وسنذكر بعض الأمثلة لتلك الأحكام الثابتة عنهم ومما يمكن الاستدلال به بهذا الطريق من قبلهم:

أ- إجارة أرض السواد، فقد أجر الفاروق عمر رضي الله عنه أرض العراق عند فتحها بأجرة مؤبدة لم يكن له أجل معلوم مجهولة المقدار والاجارة في هذا مخالفة لما سواها، ولكنه ترك القياس لما في تركه من المصلحة العامة المؤبّدة، ووسيلة للتّيسير على النّاس في الحصول على ما يبتغونه من المنافع الّتي لا ملك لهم في أعيانها[2].

ب- عقد الإستصناع وهو بيع عينٍ شرط فيه العمل موصوف في الذمة ليست عنده، فإذا توفرت فيه شروط السلم ألحقَ به استحساناً بالإجماع[3]. فقد شرع لسدّ حاجات النّاس ومتطلّباتهم؛ نظرًا لتطوّر الصّناعات تطوّرًا كبيرًا، فالصّانع يحصل له الارتفاق ببيع ما يبتكر من صناعةٍ هي وفق الشّروط الّتي وضع عليها المستصنع في المواصفات والمقايسات باعتباره عقداً مستقلاً، وتعامل الناس بهذا العقد من لدن الصحابة والتابعين على هذا الوجه المعمول به الآن، والمعدوم قد يعتبر موجوداً حكماً استثناءً من حكم بطلان عقد المعدوم[4].

ت- توريث المرأة التي طلقها زوجها في مرضٍ غالبه الهلاك والموت، حكم الصحابة رضي الله تعالى عنهم بتوريثها[5]، مع ان الأصل المقرر أن لا إرث إلّا بقيام السبب، وبسبب العلاقة الزوجية ورّثت، وفي الطلاق قد انتهت العلاقة فلا ميراث، ولكنهم ورثوا زوجة المريض مرض الموت وإن كانت مطلقة استثناء من هذا الأصل[6].

- **مناقشة المثبتين:**

إنّ الاستدلال بالآية الأولى لا علاقة له باصطلاح الأصوليين، وانما الآية استعملت لفظ الأحسن بمفهومه اللغوي، وإنّ التأمل في سياق الآية الأولى يفهم من اللفظ التفضيل لتعم الصفة على كلّ ما أنزل منه تعالى، فالمراد بالأحسن الاظهر والأولى، وعند التعارض فان الأحسن هو الراجح بدلالته في حكمه.

---

[1]) ينظر: اصول السرخسي، ٢٠٠/٢، شرح مختصر الروضة، ٢٠٢/٢، فتح القدير، ١١٤/٧.

[2]) ينظر: الأم، الشافعي ، دار المعرفة – بيروت، ١٤١٠هـ/١٩٩٠م، ١٤/٤، الحاوي الكبير، ٢٦٠/١٤.

[3]) ينظر: الإجماع في الشريعة الإسلامية، رشدي عليان، الجامعة الإسلامية، الطبعة: السنة العاشرة، العدد الأول، جمادى الأخرة ١٣٩٧هـ مايو - يونية ١٩٧٧ م، ص٨١.

[4]) ينظر: بدائع الصنائع، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: ٥٨٧هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، ٢/٥.

[5]) ينظر: إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن القيم الجوزية (المتوفى: ٧٥١هـ) تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية – بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩١م، ١١٤/٣.

[6]) ينظر: المبسوط، السرخسي، ١٦٨/٦، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، ٣٥٣/٢، الحاوي الكبير، ٢٩٨/١٥، الكافي في فقه الإمام أحمد، موفق الدين المقدسي، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م، ٣١٣/٢.

ويرد عليهم باستدلالهم بالآية الثانية بما اجاب عنه الإمام الماوردي[1] رحمه الله بثلاثة أوجه[2]:

١) إنه أمره باتباع الأحسن ويكون بالاطلاع وهو من شؤون النص، دون المستحسن.
٢) يتبعون الأحسن من فعل الطاعات وترك المعاصي فلا يبقى مجالٌ لتقديم الأهم على المهم
٣) أنه محمول الآية على ما جُعل له من استيفاء الحق، نُدب إليه من العفو.

وحمل الإمام الغزالي الآية باتباع أحسن ما انزل الينا وهو اتباع الأدلة، وكان من رأيه انه لو كان ما يستحسنه الناس حجة فانه يستحسن إبطال الاستحسان، وان لا يكون لنا شرع سوى المصدّق بالمعجزة، فليكن هذا حجة عليهم[3].

وأما استدلالهم بالسنة: يمكن أن يناقش أن الأمر يفيد رجحان مصلحة الوجود، وترك العمل به يترتب فيه مفسدة راجحة أو مساوية، وإلزام المكلف لجلب المصلحة موافق لأصل التكليف، وترك استيفاء المصلحة ينافي أصل الشرع.

كما ورد لفظ (المسلمون) في الحديث وهو من صيغ العموم، فيكون به معنى الإجماع الذي لا يجوز خلافه لو تيقن، بالإضافة أنّ الرواية موقوفة على الصحابي ابن مسعود، لا تثبت بها الأصول وذلك لأنّها من أخبار الآحاد فلا يكون حجة، وعلى هذا فليس في النص المذكور دلالة على حجية الاستحسان[4].

وأما استدلالهم بالإجماع: أُجيب عنه بصحة هذه الأفعال قائمة على هذه الأحكام بالخصوص، لا على استحسانها، بل صحتها ثابتة بالسيرة النبوية وهي مستمرة إلى زماننا الحاضر، فهذه الأحكام ثابتة بدليل غير الاستحسان، فضلا عن الدليل الذي لا أساس له بالإجماع[5].

وأما استدلالهم بأفعال الصحابة: فيمكن الرد عليهم بأوجه عدة وهي:

١) بالنسبة لإجارة أرض السواد، فهو أمر بإتباع الأحسن، وقد جاء بطريق أشبه بقطعية دلالته وثبوته، فهو من شؤون الإجماع، فلا يدخل المستحسِن.
٢) بالنسبة لعقد الاستصناع، فهو باق على الأصل باتباع العرف، ولم يأتي دليل على الغائه، فيبقى على الجواز، لسد حاجات الناس، ولا ينافي أصل الشرع في المعتاد.
٣) بالنسبة لتوريث المطلقة بوفاة زوجها في مدة عدتها، فقد ثبت توريثها بإجماع الصحابة، والإجماع يعد دلالته قطعية، والاستحسان ظني الدلالة بالاتفاق، كما أن أحكام المواريث أثبتها الله تحكما وتعبدا غير معللة، فلا يقاس عليها[6].

---

[1]) هو علي بن محمد حبيب، أبو الحسن الماوردي: صاحب التصانيف النافعة. ولد في البصرة (٣٦٤ه)، وانتقل إلى بغداد. وولي القضاء في أيام القائم بأمر الله العباسي، نسبته إلى بيع ماء الورد، ووفاته ببغداد(٤٥٠ه). من كتبه "الحاوي، الأحكام السلطانية، ادب الوزير"ينظر: سير اعلام النبلاء، ٣١١/١٣.

[2]) ينظر: ادب القاضي، علي بن حبيب الماوردي، تحقيق محيي هلال السرحان، مطبعة الارشاد/ بغداد، ١٣٩١هـ، ١٦٥/١.

[3]) ينظر: المستصفى، ص ١٧٢.

[4]) ينظر: الاعتصام، ص ٦٥٥- ٦٥٦.

[5]) ينظر: الإحكام في أصول الأحكام، ١٦٠/٤.

[6]) ينظر: الأم، الشافعي، ١٤/٤، الحاوي الكبير، ٢٦٠/١٤، السنن الكبرى، للبيهقي، ٢٠٢/٦.

القسم الثالث – الاشكالات من قول المختلفين على الاستدلال بالاستحسان

نظراً إلى الأدلة الدالة على حجية الاستحسان مما نراه في الاستدلال بعد عرض ما تقدم مما يغلب على ظننا الآتي:

١) إنّ القائلين بالاستحسان لاحظوا مجموعة من الأحكام المتعلقة به كيفما كانت أنواعه وأقسامه يكون في مسألة جزئية ولو نسبياً في مقابلة قاعدة كلية، فيلجأ إليه المجتهد في هذه الجزئية، لكيلا يؤدي الاغراق في الأخذ بالقاعدة الأغلبية التي هي الأصل إلى عدم ملاحظة تعامل الناس والابتعاد عن شرع الله في مقصده وغرضه ومعناه[١].

٢) مفهوم الاستحسان من الناحية الموضوعية عائد إلى مفهوم كلي له وجود في حقيقته من دفع الضرورة ورفع الحرج وتقليل المشقة وايجاد التيسير، وقد قامت عشرات الأدلة على إثبات هذا المعنى في الشريعة عن طريق الاستثناء والترخص لمعارضة من حكم مقرّر لأجل ايثار التوسعة، لجلب المصلحة والحفاظ عليها بدفع المضرة واسبابها[٢].

٣) إنّ اغلب أنواع الاستحسان لا يمكن انكاره، لأنها أدلة تابعة للأصل العام المقرر له كإضافة رفع الحرج وايجاد المنفعة ودفع المفسدة، التي قصدها الشارع الحكيم لعباده، حتى منكري الاستحسان لا ينكرونه ولكنهم ينازعون في أنه ثابت من قبل الشارع الذي دلّ عليها من نفع أو ضرر، بناء على أن الإذن لدى الشارع له يدور مع المصلحة أينما دارت[٣].

٤) إنّ الوقائع والحوادث الجزئية لا حصر لها ولا نهاية، وقد تستوجب مراعاة الحرج، وربما يقال إنّ الحرج أمر لا ينضبط فلا يصح جعل رفعه دليلاً قائما بنفسه، فلا يصلح في هذا المقام، وكما ذكره بعض الفقهاء من ثبوت تلك الأفعال مع عدم وجود مستند إلى حجية الاستحسان، فحينئذ حجية إثبات الأحكام الجزئية متأتية من المصادر القائمة بذاتها، نقول ان الاستحسان له ضوابط ترجع إلى الضرورة والحاجة في الغالب، وهذا لا يجوز ان يكون موضع نزاع للفهم الاصيل لروح الشريعة[٤]، وأما إثبات الأحكام المأخوذة من المسألة المستثناة لوجود الحرج في ذلك النوع، مثلاً الاستحسان بالعرف، يعني ان العرف يكشف عن وجود الحرج يرتفع في الأخذ بحكم مخالف لحكم الأصل للاستثناء، وهكذا مع بقية أنواع الاستحسان[٥].

٥) ان علاقة لفظ الأحسن في الأيتين جاء بمعناه اللغوي، ويمكن ادخال الاستحسان ضمن مفهوم الأحسن في عموم القول، ولا يوجد نزاع على جواز اتباع الأحسن، وأما الحديث

---

[١]) ينظر: ضوابط المصلحة، ص ٢٣٦ وما بعدها.

[٢]) ينظر: الاعتصام، ص ٦٣٨- ٦٣٩.

[٣]) ينظر: أبحاث حول اصول الفقه تاريخه وتطوره، د. سعيد الخن، دار الكلم الطيب، دمشق، ط/ الاولى- ١٤٢٠ه- ٢٠٠٠م، ص ١٨٢.

[٤]) ينظر: شرح التلويح على التوضيح، ١٦٣/٢ وما بعدها.

[٥]) ينظر: ضوابط المصلحة، ص ٢٤٦- ٢٤٧.

فهو موقوف على الصحابي ابن مسعود رضي الله عنه حيث تلقته الأمة بالقبول[1]، غير أن حمله على الاستحسان بعيد ولكن هو داخل ضمن المعاني الحسنة التي يشملها الخبر[2].

الرأي الراجح:

يُعد الاستحسان بمثابة الميزان والمعيار للقياس بحيث يحقق المصلحة أو يتلاءم مع العرف اذا لم يحققها القياس، للوصول إلى رأي ناضج ومثمر، وتحقيق مناط الحكم، وهذا يدل على تفقه دقيق وتعمق في الرأي وفهم المسائل، وليس ذلك تشريعاً بالعقل والهوى والتلذذ، لأنّه عمل بدليل قوي لا يفطن له الا بعيد النظر واسع الافق عميق الفكر، كما وضحنا ذلك من فعل الصحابة أنفسهم عندما أرادوا أن يبينوا بعض الأحكام لجأوا إلى هذه المعالجة، اقتداءً بطريقة الشارع في ذلك، وتطبيقاً لمبادئ الشريعة السمحة الآمرة بالعدل، والداعية إلى التيسير والتخفيف ورفع الحرج، وسار على طريقتهم التابعون وأئمة المذاهب.

وانما حصل الخلاف واشتهر بين الفقهاء من الناحية الشكلية في معنى الاستحسان واشتد النزاع فيه، لأنه يتضمن ما يوقع في الوهم من استقباح الشيء أو استحسانه من غير حجة ثابتة، ثم خفت حدته مرة أخرى بالوفاق بين أتباع المتخالفين فيه في الواقع مراعاة للمصلحة من الناحية الموضوعية، ولكنّه يحمل في جنباته خلافات الاستحسان الشكلي، كونه بديلاً عنه، فضلاً عن خصوصياته الذي يأتي من تعدد أطرافه، وما يرتبه هذا التعدد من أحكام.

وهنالك طائفة من العقود والمعاملات المتعارف عليها والمخالفة للقواعد الكلية، كانتفاء أحد اركان البيع كبيع المعاطاة، أو إشتراط العلم بالمعقود عليه ونفي الجهالة عنه كعمل الحجامة وعدد كرات وضع المحاجم وإباحة دخول الحمام بمئزر ولم يذكر له شرطاً وعدد ما يصبه ملء الطاسة، وغير ذلك من الامور المستثناة من القواعد العامة لحاجة الناس إليها، فهذه الامور جرى التعامل بها مع مخالفتها للقياس، ولكن لم يرد عن الصحابة الكرام لفظ الاستحسان، ولكنهم اذا رأوا ما يفسد مصالح الناس استحسنوا تيسيراً وتخفيفاً عنهم[3]، وأرى أنَّ الخلاف لفظيٌّ جوهري، ولا أجد خلافاً بين العلماء نحو روح الاستحسان بمفاهيمه العامة ومعانيه الكلية[4]، والراجح ما ذهب إليه الفريق الثاني، لكونه مصدراً مهماً في التشريع، وتمتد أفاقه لترتبط بعلم الاقتصاد.

---

[1]) ينظر: الدراية في تخريج أحاديث الهداية، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى : ٨٥٢هـ)، المحقق : السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المعرفة – بيروت، ١٨٧/٢.

[2]) ينظر: كشف الاسرار، ١٤/٤.

[3]) ينظر: العدة في أصول الفقه، القاضي أبو يعلى، حققه وعلق عليه وخرج نصه : د أحمد بن علي بن سير المباركي، الطبعة : الثانية ١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م، ١٦٠٦/٥، فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام (المتوفى: ٨٦١هـ)، دار الفكر، ١١٥/٧.

[4]) ينظر: اللمع، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى: ٤٧٦هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية ٢٠٠٣ م - ١٤٢٤ هـ، ص ١٠٣.

المبحث الثاني

أثر الاستحسان في استنباط المعاملات المصرفية المعاصرة

توطئة

لقد أوضحنا فيما سبق الاستحسان وما يتفرع عنه من أنواع وضوابط وآراء الأصوليين، والذي نحن بصدده الآن دراسة ما للاستحسان من أثر في استنباط الحكم الشرعي لمسائل فقهية من المعاملات المالية المعمول بها، المتعلقة بالمصارف الإسلامية، نظراً لوجود الحاجة إلى التعامل بها من قبل المؤسسات المالية المصرفية، للوصول إلى تأصيل حكمها الفقهي، وبيان مدى إمكانية الناس بها في هذا العصر، وبيان تطبيقاته في نماذج من المعاملات المصرفية المعاصرة، وسيكون ذلك في مطلبين.

أما أحدهما فهو لبيان أثر الاستحسان في حكم الشرط الجزائي

وأما الآخر فهو لبيان أثر الاستحسان في حكم صكوك الإجارة

المطلب الأول

أثر الاستحسان في الشرط الجزائي

اعتمدتُ في هذه المسألة على المنهج القائم على الاستقراء وتحليل المعلومات، ولما كان العمل بكافة أشكاله، والتجارة بشكل خاص عصب الحياة، كان لابد من وضع ضوابط وقيود لتسير الحركة التجارية سيراً صحيحاً من الناحية الشرعية من جهة، ولضمان تنفيذ الالتزام والوفاء به شكلاً ومضموناً من جهة أخرى، وقد برز حديثاً من هذه ما يسمى بالشرط الجزائي.

وقد سلطت الضوء في هذا المطلب على الشرط الجزائي من حيث مفهومه وبيان طبيعة الشرط وصوره في عقود المعاوضات المالية المعاصرة، وخصائصه المقترنة بالعقد، ليمكن من خلاله الوصول إلى حكمه الشرعي، وللتعرف على تطبيقاته وفق مجال القول بالاستحسان إن أمكن ذلك.

الفرع الأول

تعريف الشرط الجزائي

الشرط الجزائي مصطلح مركب من كلمتين هما الشرط و الجزاء، نعرّف بهما ثم نعرّف بالمصطلح المركب، فسنشير أولا باعتباره مركباً إضافياً، ثم نعرفه باعتباره علماً ولقباً.

أولاً: تعريف الشرط الجزائي باعتباره إضافياً:

الشرط لغةً: العلامة[1]، وللشرط معانٍ عدة في اللغة، والذي يعنينا منها هو إلزام الشيء والتزامه في بيع ونحوه، قال الفيروز آبادي: "إلزامُ الشيءِ، والتِزَامُهُ في البيعِ ونحوه، كالشَّريطَةِ"[2]، ويكون اللفظ بسكون الراء، ويلفظ بفتح الراء بمعنى العلامة، ويذكر ابن فارس أَنَّ: "الشِّينُ وَالرَّاءُ وَالطَّاءُ أصل يَدُلُّ عَلَى عَلَمٍ وَعَلَامَةٍ، وَمَا قَارَبَ ذَلِكَ مِنْ عَلَمٍ. مِنْ ذَلِكَ، الشَّرَطُ: الْعَلَامَةُ. وَأَشْرَاطُ السَّاعَةِ: عَلَامَاتُهَا"[3].

وتجدر الاشارة إلى توضيح لما يهمنا من معاني الشرط من الجانب اللغوي ألا وهو العلامة التي يجعلها المتعاقدان على ما يراه كل منهما مهمّا في العقد الذي يجريانه، ولمعنى الشرط التقييدي الذي يجعله الناس في عقودهم زائداً على الالتزام الأصلي فهو علامة لازمة للعقد ومؤثر فيه بتعديل آثاره، لأنها علامات دالة على التوثق في حالة عدم تنفيذ الاتفاق بين الطرفين[4].

---

[1]) ينظر: مقاييس اللغة، ٢٦٠/٣.

[2]) ينظر: القاموس المحيط، ص ٦٧٣.

[3]) مقاييس اللغة، ٢٦٠/٣.

[4]) ينظر: حقيبة طالب العلم الاقتصادية، د. علي محيي الدين القره داغي، دار البشائر الإسلامية، الطبعة الثانية، ١٤٣٤ه/ ٢٠١٣م، ٩٥/٨.

الشرط[1] شرعاً: هو الأمر الخارج عن ماهية الشيء، الموقوف عليه الشيء، غير مؤثر في وجوده، بمعنى ما يلزمه العاقدان على نفسيهما في معاملاتهم بإرادتهما، ويوقفون عقودهم عليها، ويعلقونها بها، ويجعلونها مرتبطة بهذه الشروط، بحيث لا تتحقق تلك العقود إلا إذا تحققت هذه الشروط، يطلق عليها الشروط التقييدي المقترن بالعقد، كما قال العلامة الحموي: "وَالشَّرْطُ الْتِزَامُ أمر لَمْ يُوجَدْ فِي أمر وُجِدَ بِصِيغَةٍ مَخْصُوصَةٍ"[2]، فهو التزام وارد في التصرف القولي عند تكوينه، زائد عن مقتضاه شرعاً، لم يكن يدل عليه لولاه، والمقصود بالشروط هنا هي الشروط المقترنة بالعقد المثبتة إما كبندٍ من بنوده، أو كملحق من ملحقاته المرتبطة بالعقد.

الجزاء لغةً: مصدر جزى يجزي جزاء ويأتي في اللغة على معان أهمها:

١. القضاء: قولهم جزيت فلاناً حقه أي قضيته، لأنّ قضاء الدين جزاء على فعل صاحبه، وعلى هذا قول النبي صلى الله عليه وسلم: ((يُجْزِئُ عَنْكِ طَوَافُكِ بِالصَّفَا وَالْمَرْوَةِ، عَنْ حَجِّكِ وَعُمْرَتِكِ[3]))، ويقال أمرت فلاناً يتجازى ديني أي يتقاضاه، قال الله تعالى: ﴿ وَٱتَّقُواْ يَوۡمٗا لَّا تَجۡزِي نَفۡسٌ عَن نَّفۡسٖ شَيۡـٔٗا ﴾[4].

٢. الثواب: نسبة إلى الجزاء وهو المكافأة على الشيء[5]، قال الشاعر: "ألا أَبلِغْ أبا حنشٍ رسولاً ... فمالَكَ لا تجيءُ إلى الثوابِ"[6]، معناه إلى الجزاء.

٣. العوض والبدل: ومنه قوله تعالى: ﴿ فَجَزَآءٞ مِّثۡلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ ﴾، أي بدل منه[7].

٤. العقاب: ويأتي الجزاء بمعنى العقاب، ومنه قوله تعالى: ﴿ قَالُواْ فَمَا جَزَٰٓؤُهُۥٓ إِن كُنتُمۡ كَٰذِبِينَ قَالُواْ جَزَٰٓؤُهُۥ مَن وُجِدَ فِي رَحۡلِهِۦ فَهُوَ جَزَٰٓؤُهُۥۚ كَذَٰلِكَ نَجۡزِي ٱلظَّٰلِمِينَ[8] ﴾، أي فما عقوبته، والشرط الجزائي لا يكون إلّا بهذا المعنى، لأنّ مفهوم الشرط الجزائي هنا هو الجانب السلبي، فالمراد بالجزاء جانب العقاب دون الثواب[9].

الجزاء اصطلاحاً: عرفه أحد المعاصرين: "هو كل ما يناله الإنسان المكلف المسؤول من الله عز وجل من مكافأة مقابل عمله الاختياري، من ثواب على عمله الحسن في الدنيا والآخرة،

---

[1]) هو ما يلزم من عدمه عدم المشروط، ولا يلزم من وجوده وجود المشروط وعدمه، ويكون خارجاً عن حقيقة المشروط، وليس هذا محل بحثنا في الجانب الأصولي، والذي يعنينا في الجانب التعاملي بين الطرفين بأحداث التزام في العقد منفعة للملتزم له أو لغيره.

[2]) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ٤١/٤.

[3]) صحيح مسلم، باب بيان وجوه الاحرام، بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي – بيروت، رقم الحديث ١٣٣ (١٢١١)، ٨٨٠/٢.

[4]) سورة البقرة: من الآية ٤٨.

[5]) ينظر: لسان العرب، ١٤٣/١٤، القاموس المحيط، ص ١٢٧٠.

[6]) الزاهر في معاني كلمات الناس، محمد بن القاسم بن محمد بن بشار، أبو بكر الأنباري (المتوفى: ٣٢٨هـ)، المحقق: د. حاتم صالح الضامن، مؤسسة الرسالة – بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٢ هـ -١٩٩٢م، ٤٩/١.

[7]) ينظر: القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، الدكتور سعدي أبو حبيب، ص ٦٢.

[8]) سورة يوسف: الآية ٧٤- ٧٥.

[9]) تاج العروس من جواهر القاموس، ٣٥١/٣٧.

ومن عقاب على عمله السيء في الدنيا والآخرة[1]"، والمراد هنا هو اتفاق بين العاقدين على تقدير تقدير مسبق للتعويض إذا لم ينفذ الملتزم أو المدين التزامه أو تأخر في تنفيذه، هذا بشكل عام.

ثانياً: تعريف الشرط الجزائي باعتباره علماً ولقباً:

هو مصطلح قانوني معاصر، لم يستخدمه السابقون، وهذا لا يعني عدم معرفتهم بمضمونه، بل استخدموه كمدلول ومفهوم، فهو معروف عندهم من هذا الجانب، وإن أفتقد من الناحية اللفظية، حيث تعددت التعريفات لمفهوم الشرط الجزائي عند العلماء المعاصرين في مختلف المجالات الفقهية والقانونية، ويطول المقام إن قمت بذكر جميع هذه التعريفات، ولكن سأشير إلى أهمها مع استيعاب مختلف الاتجاهات في تعريفه بقدر الإمكان، وذلك فيما يأتي:

<u>معنى الشرط الجزائي في الاصطلاح القانوني:</u>

١) القانون المدني الفرنسي المادة ١٢٢٩ تقول: "الشرط الجزائي هو التعويض عن الأضرار التي يتحملها الدائن بسبب عدم تنفيذ الالتزام الأصلي[2]".

٢) عُرف بأنه "اتفاق بمقتضاه يلتزم شخص بالقيام بأمر معين يكون في الغالب دفع مبلغ من النقود في حالة إخلاله بالتزام أصلي مقرر في ذمته، أو تأخره في الوفاء بذلك الالتزام الأصلي جزاء له على هذا الإخلال أو التأخير وتعويضاً للدائن عما يصيبه من ضرر بسبب ذلك[3]".

٣) وعُرف بأنه: "اتفاق الطرفين مسبقاً في العقد أو في عقد لاحق يكمله على مقدار التعويض عن الضرر الواقع عن الإخلال بتنفيذ الالتزام على أن يتم هذا الاتفاق قبل وقوع الإخلال بالتنفيذ[4]".

<u>معنى الشرط الجزائي في الاصطلاح الفقهي:</u> لا يخرج عن المعنى اللغوي والاصطلاحي للجزاء إذ هو تعويض، وضمان مشترط في العقد يستحق عند الإخلال به فهو جزاء على الإخلال بما تمَّ الاتفاق عليه في العقود.

١) عرفه زكي الدين شعبان بأنه: "اتفاق المتعاقدين مقدماً على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن، إذا لم يقم بتنفيذ التزمه، أو تأخر في التنفيذ[5]".

٢) ورد أن الشرط الجزائي هو: "نص المتعاقدين في العقد على مبلغ معين يدفعه من أخل بالالتزام[6]".

٣) عرفه جواد بحر: "اتفاق إضافي يتبع العقد الأصلي، يلتزم بموجبه كلّ من طرفيه بالتعويض المقدّر عما أخل به نحو صاحبه دون ظرف قاهر[1]".

---

[1]) حكم الشرط الجزائي الوارد على الاعمال وصورة تطبيقه في المصارف الإسلامية، عبد الصمد بلحاجي، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، العدد ١١ سنة ٢٠١١، ص ٣٢٤.

[2]) ينظر: البند الجزائي في القانون المدني الفرنسي، د. طلال مهتار، اطروحة دكتوراه، جامعة السوربون بفرنسا، سنة ١٩٧٤م، ص ٤٨ وما بعدها.

[3]) الوافي في شرح القانون المدني، د. سليمان مرقس، دار الكتب القانونية مصر، صادر من بيروت/ لبنان، الطبعة الثانية، ١٩٩٢م، ١٧٧/٤.

[4]) النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الأردني، منذر الفضل، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٧٣/٢.

[5]) نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، زكي الدين شعبان، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٨م، ص ١٦١.

[6]) ينظر: معجم لغة الفقهاء، محمد رواس قلعجي وحامد صادق قنيبي، ص ٢٦٠.

الفرع الثاني
خصائص الشرط الجزائي وأسبابه

❖ **خصائص الشرط الجزائي:**

إن غاية الشرط الجزائي هي ضمان تنفيذ الالتزام عيناً، وهذا يعني أنّ هناك التزاماً أصلياً، ولا يستحق الشرط الجزائي إلا في حالتين، حالة عدم تنفيذ أحد المتعاقدين للالتزام الأصلي، وحالة التأخير في تنفيذ هذا الالتزام، ومن ثمّ فإن الشرط الجزائي يُعد تابعاً للالتزام، وعليه فإن الشرط الجزائي يمتاز بأنه التزام تبعي لا التزام أصلي، وأنه التزام احتياطي، وسأتناول الخصائص بشكل موجز من خلال ادراجه في العقود كما يأتي:

أولاً: الشرط الجزائي التزام تبعي لا التزام أصلي:

الشرط الجزائي إلزام تبعي أي أنه يبرم لضمان تنفيذ الالتزام الأصلي، فوجوده يفترض وجود التزام أصلي صحيح، ويقع تابعاً له، فإذا بطل الالتزام الأصلي أو سقط بطل الشرط الجزائي، لأن تنفيذ الالتزام هو المقصد الأساسي للمتعاقدين، والشرط الجزائي بحكم تبعيته لهذا الالتزام الأصلي يزول بزواله، والعكس ليس صحيحاً، إذ بطلان الشرط الجزائي لا يترتب عليه بطلان العقد الأصلي[٢]، هذا من الجانب القانوني، وسيأتي مزيد إيضاح وبيان في الجانب الفقهي عندما نتطرق إليه بالحكم الشرعي للشرط الجزائي.

ثانياً: الشرط الجزائي التزام احتياطي:

ويعنى بذلك أنّ يدفع المدين للدائن مبلغاً من المال متفق عليه مسبقاً، حال إخلاله بالتزامه سواء تأخر في السداد أم امتنع عن السداد، وأما قبل حصول الإخلال وما دام التنفيذ العيني للالتزام الأصلي ما زال ممكناً، فإن أياً من المتعاقدين لا يستطيع أن يختار بدلاً منه التنفيذ بطريق التعويض عن طريق قيمة الشرط الجزائي، كما أن المدين في نفس الفرض لا يمكن أن يستبدل بالتنفيذ العيني الأصلي دفع قيمة هذا الشرط[٣].

فالأصل هو التنفيذ العيني، ولكن إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً بسبب أجنبي طارئ عن المدين، ولا يد له فيه، فإن الالتزام الأصلي يسقط، ويسقط معه الشرط الجزائي.

ثالثاً: الشرط الجزائي مقدر تقديراً جزافياً:

والمقصود منه بأنه اتفاق سابق على الإخلال بالالتزام ووقوع الضرر، لأنه تقدير للتعويض عن الضرر، قبل تحقق شروط استحقاقه، فهو تعويض جزافي للضرر قبل وقوع ذلك الضرر، فتعتبر نصوصه استثنائية.

ليس هنالك تناغم بين قيمة التعويض والضرر الذي لحق الدائن جراء الإخلال بالالتزام، فالدائن يستحق قيمة التعويض سواء ترتب على الإخلال ضرر أو لم يترتب من جهة، ومن جهة أخرى في حال ترتب الضرر فقد تكون قيمة التعويض أكبر أو تساوي أو أقل من قيمة الضرر المترتب، لذا وُصفَ هذا التعويض المبلغ المالي الجزائي بالجزافي: لأنه مقدر تقديراً جزافياً من قبل المتعاقدين، فإنه يكون قابلاً لإعادة النظر فيه من قبل القضاء[٤].

---

[١]) نظرية الشرط الجزائي بين الفقه والقانون، جواد محمود بحر، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، جامعة الخليل، ٢٠٠٩م، ص ١٤٠.

[٢]) ينظر: الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، ياسين محمد الجبوري، ص ٢٥٥- ٢٥٦.

[٣]) ينظر: حقيبة طالب العلم الاقتصادية، د. علي محيي الدين القره داغي، ٩٦/٨- ٩٧.

[٤]) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق أحمد السنهوري، ٨٦٧/٢.

❖ **الأسباب الداعية إلى ادراج الشرط الجزائي في العقود:**

أصبح إدراج الشرط الجزائي في العقود المهمة في عصرنا الحاضر من الأمور الشائعة وذلك لأسباب كثيرة تدعو إليه، ومن أبرز تلك الأسباب ما يأتي:

١) ضمان تنفيذ العقد وعدم الإخلال بموجبه، فإن وجود الشرط الجزائي يحمل المدين على عدم التهاون بالعقد وآثاره[١].

٢) تجنب المتعاقدين اللجوء إلى القضاء، وما فيه من إجراءات قضائية طويلة ومصاريف باهظة، وهذا هو أساسه الفلسفي، فالشرط الجزائي مؤسس على إرادة الأطراف، فلا يصح أن يكون شرطاً جزائياً ناتجاً من قانون[٢].

٣) زيادة قيمة الزمن في العقود المعاصرة، فأصبح تأخر أحد المتعاقدين أو أمتناعه عن تنفيذ التزاماته في مواعيدها المحددة مضراً بالطرف الآخر في وقته وماله أكثر من الأزمنة الماضية.

٤) إعفاء الدائن من عبء إثبات الضرر الذي يصيبه عند إخلال المدين بالتزامه[٣].

٥) أصبحتْ القيمة المالية للمشاريع كبيرة، مما يضاعف الخسائر عند الإخلال بالعقد، حيث اتسعت دائرة التجارة بين أفراد المجتمع والدول، فأصبحت تتم بين أناس بعيدين لا يعرفون بعضهم أحياناً، مما يزيد الحاجة إلى وجود شروط جزائية تعطي المشترط طمأنينة إلى التزام الطرف الآخر بالعقد وأنه سيحصل على التعويض المناسب عند الإخلال.

٦) المَطْل أصبح صفة كثير من الناس بحيث لم يعد المتعاقدان يطمئنان إلى بعضهم بدون الشرط الجزائي، وهو ما نلمسه في وقتنا الحاضر[٤].

٧) الاتفاق المسبق على تقدير التعويض المترتب على الضرر الذي سينتج بسبب الإخلال بالتنفيذ أو التأخر فيه، من أهم المميزات التي يتمتع بها الشرط الجزائي مما يجعل جُل المتعاقدين يحرص على تنفيذ العقد وعدم الإخلال بالالتزامات الواردة فيه[٥].

---

[١]) الشرط الجزائي، عبد المحسن سعيد الرويشد، اطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة ١٩٨٣م، ص ٦١.

[٢]) نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، زكي الدين شعبان، ص ١٢٦.

[٣]) ينظر: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، د. محمد عثمان شبير وآخرون،– دار النفائس – الاردن – ط الأولى، ١٤١٨ هـ، ٨٥٥/٢ وما بعدها.

[٤]) ينظر: حقيبة طالب العلم الاقتصادية، د. علي محيي الدين القره داغي، ١٠١/٨.

[٥]) ينظر: النظرية العامة للالتزامات، د. عبد المنعم البدراوي، الطبعة سنة ١٩٧١م، ص ٨٠.

الفرع الثالث

طبيعة الشرط الجزائي وصوره

❖ طبيعة الشرط الجزائي:

البحث عن طبيعة الشرط الجزائي أثرمهمّ، حيث يسهم في تحديد أحكامه، وتكاد تدور أهم الأقوال في طبيعته بين أن يكون عقوبة، أو أن يكون تعويضاً، مع عدم تهافت القول برائحة التهديد التي تكتنفه، إذ هو بعد وقوع الخلل تفوح منه تلك الرائحة، فهي بهذا تبدأ ثنائية الطبيعة، وربما لتنتهي ثلاثية الطبيعة، من كونها صادرةً عن سلطان الإرادة الحرة في إنشاء العقود والشروط، يسمح لها بأن تكون اتفاقية، وكونها ذات مقصد تعويضي بداية وتنتهي بكونها اتفاقية تهديدية، هادفة إلى استخدام التهديد بالاتفاق من أجل التعويض عن ضرر تحقق[١]، ويمكن أن نستخلص من العرض السابق أن الأنظمة حول طبيعته وكيفيته، حيث تسير باتجاهات عدة هي:

١) أن العبرة بالالتزام الأصلي وليس بالشرط الجزائي، فلا يستطيع الدائن أن يطالب المدين إلا بالالتزام الأصلي ما دام تنفيذه ممكناً، كذلك لا يجوز للمدين أن يعرض على الدائن إلا تنفيذ الالتزام الأصلي، ويستطيع الدائن لمطالبته بالشرط الجزائي إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً بخطأ المدين.

أما إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً لسبب طارئ، فإن الالتزام ينقضي ولا يجوز للدائن المطالبة بالشرط الجزائي، لأن الشرط الجزائي ليس إلا تقديراً لتعويض مستحق، وهنا لا يستحق الدائن أي تعويض[٢].

٢) لا يعتبر الشرط الجزائي التزاماً اختيارياً، لأن الدائن لا يستطيع الاختيار بين الالتزام الأصلي والشرط الجزائي، كما أنه ليس التزاماً بدلياً، لأن المدين لا يملك العدول عن تنفيذ الالتزام الأصلي إلى تنفيذ الشرط الجزائي[٣].

٣) إن بطلان أو فسخ الالتزام الأصلي يستتبع بطلان أو فسخ الشرط الجزائي، ولكن إذا كان الشرط الجزائي باطلاً، فلا يستتبع بطلان الالتزام الأصلي، لأن الشرط الجزائي التزام تابع، فلا يتعلق به مصير الالتزام الأصلي[٤].

٤) إذا اختار الدائن عند إخلال المدين بالتزامه الأصلي فسخ العقد بدلاً من المطالبة بتنفيذ الشرط الجزائي، سقط الالتزام الأصلي بمجرد فسخ العقد وسقط معه الشرط الجزائي، لأنه تابع له، ويطالب الدائن في هذه الحالة بالتعويض الذي يقدره القاضي وفقاً للقواعد العامة[٥].
العامة[٥].

الخلاصة لطبيعة الشرط الجزائي:

---

[١]) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق أحمد السنهوري، ٨٦٥/٢.

[٢]) ينظر: شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، أحمد عبد الدائم، منشورات جامعة حلب، دون طبعة، سنة ٢٠٠٣م، أحكام الالتزام، ص ٨٧- ٨٨.

[٣]) ينظر: الوجيز في شرح القانون المدني الأردني – آثار الحقوق الشخصية، دراسة موازنة-، ياسين محمد الجبوري، دار الثقافة، عمان الطبعة الأولى/ ٢٠٠٣م، ص ٢٥٦.

[٤]) ينظر: أحكام الالتزام آثار الحق في القانون المدني دراسة مقارنة، عامر محمود الكسواني، دار الثقافة، عمان، سنة ٢٠٠٨م، ص ١٤٠.

[٥]) ينظر: أحكام الالتزام – دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني-، جلال علي العدوي، الدار الجامعية/ الجامعية/ الإسكندرية، دون طبعة سنة ١٩٨٦م، ص ١٦٤.

إنّ طبيعة الشرط الجزائي تجتمع فيها صفتان، ففيه معنى التعويض، فهو تعويض اتفاقي احتمالي جزافي له بعض آثار العقوبة، يجوز أن يزيد عن قدر الضرر المتوقع زيادة غير فاحشة، وبه أخذ أكثر القوانين والأنظمة العربية[١]، بينما أخذ القانون الأردني والإماراتي بأنه تعويض اتفاقي احتمالي عن الضرر المتوقع ومساو له، بينما يشير القضاء اللبناني بأنه مجرد اتفاق على التعويض، لا علاقة له بالضرر[٢].

وفيه معنى الجزاء أي العقوبة المالية، وغاية الشرط الجزائي هو ضمان تنفيذ الالتزام، وهذا يعني بداهة أن هناك التزاماً أصلياً وصحيحاً، الأمر الذي يجعل الشرط الجزائي التزاماً تابعاً للالتزام الأصلي، فالأصل أنه يدور وجوداً وعدماً معه، ولذا فإن الشرط الجزائي لا يستحق إلا في حالة عدم تنفيذ الالتزام الأصلي.

والخلاف الحاصل بين قوانين بعض الدول حول مبدأ انطلاق الإرادة، بمعنى أن من أصر على الأخذ به بمجرد الإخلال ولو لم يقع الضرر، أصر على التعويض في الشرط الجزائي، بينما تجد الرأي الآخر لم يأخذ هذا المبدأ على اطلاقه، لأنه يخالف العدل ويؤدي إلى ظلم الأقوياء للضعفاء، فلابد من وقوع الضرر ليستحق الشرط الجزائي مع اختلاف بعض الأقضية في التعويض، بأن يكون الشرط الجزائي مساوياً للضرر أو بعدم المساواة[٣].

ويرجع في ذلك إلى قدرة القاضي على التعديل، فمن رأى أنه تعويض عن الضرر أطلق سلطة القاضي في تعديله ليساوي الضرر، ومن رأى أنه تعويض له بعض آثار العقوبة أعطي للقاضي سلطة التعديل أقل فلا يلزم التساوي إذا كان التعويض مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، وأما من رأى أنه اتفاق ملزم لا علاقة له بالضرر رأى أنه لا سلطة للقاضي في التعديل[٤].

<u>تنبيه:</u>

علماء القانون يبحثون في طبيعة الشرط الجزائي من غير تفرقة بين أن يكون في الديون المالية المتعلقة بالذمة أو الديون الأخرى، كالقيام بعمل أو امتناع عن عمل، ومن المعلوم أن الطبيعة الشرعية للشرط الجزائي تختلف عن الأنظمة الوضعية، فهو يفرق من حيث المبدأ بالقبول الأغلبي إذا كان بسبب التأخير في العمل والتنفيذ، بخلاف القبولية الأغلبية بتأخيره في سداد الديون.

- ❖ **صور الشرط الجزائي:**

إنّ الشرط الجزائي ينص على تقدير مسبق للتعويض الذي يستحقه الطرف المتضرر، وعلى ضوئها يتضح ما لدى فكرة الشرط الجزائي من قدرة على الحضور من عقود الناس، وبصور عديدة تكاد تدخل جميع عقود المعاوضات، فصور الشرط الجزائي عديدة تخضع للعرف والقضاء مع ملاحظة عدم تحمل المسؤولية في الإخلال الناتج عن الظروف القاهرة، فيستنتج مقدماً أن ذكر هذه الصور لا يعني بالضرورة أنّها مباحة شرعاً، وإنما لمجرد التوضيح لذكرها قانوناً، حيث تعددت صور الشرط الجزائي باعتبارات مختلفة ومن تلك الاعتبارات ما يأتي:

الصورة الأولى: باعتبار محله من العقد وأنواعه ثلاثة وهي:

---

[١]) ينظر: تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، د. إبراهيم الدسوقي ابو الليل، كلية الحقوق، جامعة الكويت، ١٤١٦ه، ص ٤٤٦.

[٢]) الوافي في شرح القانون المدني، د. سليمان مرقس، ٤/١٧٨.

[٣]) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق أحمد السنهوري، ٢/٨٦٠.

[٤]) ينظر: حقيبة طالب العلم الاقتصادية، د. علي محيي الدين القره داغي، ٨/٩٩.

١. أن يكون مقترناً بالعقد فيدرج الشرط الجزائي في العقد كبند من بنوده وهذا هو الأثر المعمول به في الوقت الحاضر.
٢. أن يُتفق على الشرط الجزائي بعد العقد، وهو ما يسمى بالشرط الجزائي اللاحق، وهذا لابد أن يكون قبل وقوع الضرر، أما إذا اتفق على التعويض بعد وقوع الضرر فإن هذا يُعدُّ صلحاً، ولا يُعد شرطاً جزائياً.
٣. أن يتفق على الشرط الجزائي قبل العقد وهو الشرط الجزائي السابق[١].

الصورة الثانية: باعتبار موضوع العقد ويمكن تصنيفها إلى نوعين هما:

١) الشرط الجزائي المقرر عند الإخلال بالعقود والتي يكون محل الالتزام فيها عملا، وله صور عدة وهي[٢]:

أ- الشرط الجزائي المقترن بعقد الاستصناع ويتضمن دفع مبلغ من النقود عن كل يوم يتأخر فيه الصانع عن تسليم المباني في الوقت المحدد.

ب- الشرط الجزائي المقترن بعقد العمل ويتضمن خصم مبلغ معين من النقود من أجرة العامل إذا أخل بالتزاماته المختلفة.

ت- الشرط الجزائي المقترن بعقود التوريد وينص على خصم مبلغ معين عن كل يوم يتأخر فيه المورد عن تسليم البضاعة المستوردة في وقتها المحدد، أو خصم مبلغ من قيمة البضاعة إذا لم تكن موافقة للشروط المتفق عليها.

ث- الشرط الجزائي المقترن بتأخر المستأجر في تسليم العين المؤجرة عند انتهاء مدة الإجارة.

٢) الشرط الجزائي المقرر عند الإخلال بالعقود التي يكون محل الالتزام فيه مبلغاً من النقود، ومن صوره ما يأتي:

أ- الشرط الجزائي المقترن بعقد القرض ويتضمن التزام المدين بدفع مبلغ معين للدائن نتيجة التأخر عن السداد.

ب- الشرط الجزائي المقترن بعقد القرض ويتضمن التزام المدين بدفع مبلغ معين للفقراء إذا تأخر عن الوفاء بالدين.

ت- الشرط الجزائي المقترن بعقد بيع آجل، ويتضمن دفع مبلغ معين عن كل مدة تأخير عن أداء الثمن، أو غير ذلك مما يتفق عليه[٣].

الصورة الثالثة: الشرط الجزائي باعتبار المعوض عنه، وهي:

١. الشرط الجزائي المقرر لعدم التنفيذ.
٢. الشرط الجزائي عن التأخير في التنفيذ.
٣. الشرط الجزائي عن التنفيذ الناقص أو الجزئي.
٤. الشرط الجزائي عن التنفيذ المعيب[٤].

الصورة الرابعة: الشرط الجزائي باعتبار نوع العوض، حيث ينقسم إلى نوعين هما:

---

[١]) الوافي في شرح القانون المدني، د. سليمان مرقس، ١٨٢/٤- ١٨٣.
[٢]) حكم الشرط الجزائي الوارد على الأعمال وصورة تطبيقه في المصارف الإسلامية، بلحاجي، ص ٣٢٦.
[٣]) نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، زكي الدين شعبان، ص ١٢٦.
[٤]) الوافي في شرح القانون المدني، د. سليمان مرقس، ١٧٨/٤.

١) التعويض غير النقدي وصورته: أن يشترط المؤجر على المستأجر في حالة تأخره عن تسليم الأرض في الوقت المحدد أن الثمار مثلاً التي زرعها المستأجر تكون ملكاً للمؤجر، أو أن الإنشاءات في العمارة أو الارض تكون ملكاً للمؤجر أو الطرف المتضرر[١].

٢) التعويض النقدي وهو الأكثر وقوعاً، وله صور منها:

أ- أن يكون الشرط الجزائي عبارة عن نسبة محددة كـ ٣% مثلاً، أو مبلغ معين كـ مليون دينار تخصم عن كل اسبوع، أو شهر يتأخر فيه المقاول، أو المصنع أو غيرهما عن تنفيذ عمله في الوقت المحدد.

ب- أن يكون الشرط الجزائي عبارة عن مبلغ مقطوع معين يدفعه المتعهد، أو يخصم من حقوقه في حالة تأخره أو تنفيذه المعيب، أو امتناعه عن التنفيذ[٢].

---

[١]) ينظر: تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، د. إبراهيم الدسوقي ابو الليل،ص ٤٦٤ وما بعدها.

[٢]) ينظر: حقيبة طالب العلم الاقتصادية، د. علي محيي الدين القره داغي، ٨/١٠٠- ١٠١.

الفرع الرابع
الحكم الشرعي للشرط الجزائي

قبل عرض أقوال العلماء القدامى والمعاصرين في حكم الشرط الجزائي الوارد في عقود الأعمال، أحاول أن أوضح مسيرة صورة تطبيقية له في المصارف وفق أبرز العقود التي يطبق فيها الشرط الجزائي في عقد الاستصناع، ومن المعلوم أن جمهور الفقهاء على أن الأصل في الشروط هو الإباحة، ما لم يخالف نصاً أو إجماعاً فهو شرط مقبول من حيث المبدأ.

بينا سابقاً أن الشرط الجزائي نوعان، نوع يتعلق بتنفيذ الأعمال، ونوع يتعلق بالديون، وسأفصل القول فيهما وبيان الأحكام التي تتعلق بهما، ومن خلال ما مرَّ من الصور التطبيقية للشرط الجزائي نستطيع أن نلخص إلى أن المصرف هو الذي يقدر مقدار التعويض بطرق شتى وتختلف من مصرف لآخر الذي يستحقه جراء إخلال الصانع أو الدائن بالتزامه ولا يرجع إلى القضاء.

❖ **حكم الشرط الجزائي المتضمن تعويضاً محدداً على التأخير في تنفيذ الأعمال:** له صور أهمها: (الإخلال بالمواصفات المتفق عليها في العقد)، (التأخير في إنجاز ما أتفق عليه).

وبما أن الشرط الجزائي ذو غاية تعويضية، فإن الأمر في النهاية متعلق بالتعويض عن الضرر المترتب على الإخلالين المذكورين، فقد اختلف العلماء في حكم الشرط الجزائي في الأعمال على أقوال ثلاثة وهي:

القول الأول: جواز الشرط الجزائي في العقود التي يكون الالتزام فيها عملاً

ذهب جمع من العلماء المعاصرين وبه صدر قرار المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي الخاص بشأن الظروف الطارئة وتأثيرها في الحقوق والالتزامات العقدية في دورته السابعة[1]، بالقول بجوازه وقيدوه بشروط وضوابط بأن لا يعمل الشرط الجزائي إذا أثبت من شُرط عليه أن إخلاله بالعقد كان بسبب خارج عن إرادته، أو أثبت أن من شُرط له لم يلحقه أي ضرر من الإخلال بالعقد، كما يجوز للقاضي أو المحكمة أن تعدل في مقدار التعويض بناءً على طلب أحد الطرفين إذا كان مبالغاً فيه، ومن أبرز أدلة المجيزين ما يأتي:

١. إنَّ الأصل في الشروط المقترنة بالعقد الإباحة إلا ما دل الدليل على حرمته، والشرط الجزائي لم يأت دليل على حرمته فيبقى على أصل الإباحة، بل ثبت بالأدلة العامة وجوب الوفاء بالعقود، كقوله تعالى: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ[2]﴾.
٢. إنَّ عدم التنفيذ أو التأخير فيه وما يؤدي إليه من تفويت فرصة، أو كسب متوقع، وألم نفسي مضر يوجب التعويض، تطبيقا للقاعدة الشرعية: "لا ضرر ولا ضرار[3]".
٣. المصالح والفوائد المترتبة على الشرط الجزائي ومنها الحث على الوفاء ومنع التلاعب بالعقود فهو من مصلحة العقد[4].

---

[1]) ينظر: قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، القرارات من الأول إلى الثاني بعد المائة، (١٣٩٨-١٤٢٤ه)، ص ١١٠.
[2]) سورة المائدة: من الآية ١.
[3]) ينظر: الأشباه والنظائر، السيوطي، ص ٨٣.
[4]) نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، زكي الدين شعبان، ص ١٦٢.

٤. استحسان بالعرف، فلقد تعارف الناس على وضع شروط جزائية في كثير من عقودهم هذه الأيام ولاسيما عقود المقاولات، والاستصناع وعرف التعامل بالشرط الجزائي عرف صحيح شرعاً، لأنه لا يعارض دليلاً شرعاً، ولا يبطل واجباً ولا يحل حراماً فهو جائز[١].
٥. مبدأ السياسة الشرعية، فالعمل به يؤدي إلى القول بشرعية الشرط الجزائي، لأنه لو نظرنا من خلال مبدأ السياسة الشرعية نستطيع القول بأن الحكم بجوازه لدخوله في إطار هذا المبدأ، ولكونه لا يصادم دليلاً معيناً ويحقق مصلحة ملائمة، ولا يصادم قواعد الشريعة.

والضرر الواقع من عدم تنفيذ العقد أو التأخير في تنفيذه والتعويض عن الأضرار التي لحقت بالدائن من جراء ذلك بمقتضى السلطة التقديرية الممنوحة له فيما لا نص فيه، عملاً بمبدأ السياسة الشرعية، من إقامة العدل وإحقاق الحق ودفع الضرر، وأخذاً بمشروعية التعزيرات والغرامات المالية، من قبل القاضي ذلك إذا رأى فيه حاجة ومصلحة[٢].

القول الثاني: جواز الشرط الجزائي إذا كان لعدم تنفيذ العمل وعـدم جوازه إذا كان لأجل التأخير في التنفيـــذ

وبه قال الدكتور رفيق يونس المصري، والشيخ حسن الجواهري، وأدلتهم هي:

١) دليل جواز الشرط الجزائي في حالة عدم تنفيذ العمل بالقياس على مسألة ترجيح صحة البيع بالعربون[٣]، ووجه ذلك، أن كلاً منهما شرط يوجب على من أخل بالعقد دفع مبلغ مالي يجري تقديره سلفاً قبل حصول الضرر.

٢) دليل عدم جوازه في حال التأخير في التنفيذ أن المبيع المستحق التسليم في أجل محدد ضرب من التزام الدَّين، فالشرط الجزائي فيه شبهة ربا النسيئة تقضي أم تربي، بل هو في حكم ربا النسيئة[٤].

القول الثالث: عدم جواز الشرط الجزائي الوارد على عقود الأعمال

وإليه ذهب عبد الرزاق السنهوري، والشيخ علي الخفيف، ومحمد حافظ صبري، والدكتور شفيق شحاته، بأن الضرر الحاصل نتيجة الامتناع عن الوفاء بالعقد لا يوجب التعويض، لأنهم أنكروا جواز جوهر الشرط الجزائي[٥]، الذي يعتمد عليه التعويض عن مجرد التأخر وعدم الوفاء، ومن أبرز أدلتهم هي:

١. الشرط الجزائي في حقيقته ما هو إلا اتفاق على تقدير جزافي للتعويض عن الضرر الحاصل بسبب الإخلال بالعقد قبل وقوعه، وهذا لا يجوز لأنه يؤدي إلى محاذير شرعية

---

[١]) ينظر: حقيبة طالب العلم الاقتصادية، د. علي محيي الدين القره داغي، ٨/١٠٠.

[٢]) ينظر: الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله، د. أسامة الحموي، مطبعة الزرعي/ دمشق، الطبعة الأولى، ١٤١٨ه، ص ١٧٨- ١٧٩.

[٣]) أن الاستدلال بالعربون يمكن رده لكونه مختلفاً فيه. ينظر: بحوث في الاقتصاد الإسلامي، ص ١٤٩.

[٤]) ينظر: مناقصات العقود الإدارية، د. رفيق يونس المصري، دار المكتبي، دمشق/ سوريا، الطبعة الأولى، ١٤٢٠ه، ص ٦٥.

[٥]) ينظر: الحق في التعويض ومدى انتقاله إلى الخلف العام في إطار الفقه والقانون والقضاء المقارن، أحمد حسن الحمادي، مطبعة دار الثقافة، الدوحة، سنة ١٩٩٥م، ٦/١٦٨، الضمان في الفقه الإسلامي، الشيخ علي الخفيف، دار الفكر العربي، القاهرة/ مصر، ٢٠٠٠م، ص١٧ و ١٥٩، المقارنات والمقابلات بين أحكام المرافعات والمعاملات والحدود، محمد حافظ صبري، المطبعة الهندية، مصر، الطبعة/ الأولى، سنة ١٣٢٠ه، ص ٢٢.

منها الجهالة والغرر وأكل أموال الناس بالباطل، لأن الشرط الجزائي قد يكون أكثر من الضرر الواقع[١].

٢. إنَّ تقدير التعويض عن الضرر موكول إلى القضاء في جميع الأحوال، فلا يجوز تقديره مقدماً بالشرط الجزائي لأنه يؤدي إلى التنازع والاختلاف في حالة الزيادة الفاحشة.

٣. الشرط الجزائي في واقع الأمر أصبح يستحق بمجرد الإخلال دون وجود ضرر، وأصبح ذلك عرفاً جرى بين الناس وأنه لا يعدل إلا في حالة المغالاة فيه، مما يجعل الزيادة غير المبالغ فيها حقاً مستحقاً للمشترط، وبالتالي لا يجوز الشرط الجزائي لأن ما يستحق لأجله باطل فهو باطل.

٤. إن الشرط الجزائي لا يخلو من حالات عدة هي:

أ- أن يزيد التعويض عن الضرر ويدفع التعويض فهذا أكل لأموال الناس بالباطل.

ب- إن ينقص التعويض عن الضرر ولا يطالب المتضرر نزولاً عند الشرط الجزائي وهذا كسابقه، بالبطلان لحصول الجهالة.

ت- إن يتنازعا فيه ويرفعاه إلى القضاء فهنا زاد الشرط الجزائي من التنازع، بل وأدى إليه.

ث- إن يساوي التعويض الضرر وهذه الحالة الوحيدة الموافقة للعدل فلا تجوز معاملة هذا واقعها، لأن الشريعة تكفلت تعويض المتضرر[٢].

٥. سداً للذريعة، فالشرط الجزائي إذا كان قد يؤدي إلى التنازع وأكل الأموال بالغرر والقمار، فسداً لذريعة المحرم يمنع الشرط الجزائي، تحرياً للعدل والحق والإنصاف والمساواة بين التعويض والضرر.

الترجيح: الذي يبدو لي أن الراجح من هذه الأقوال هو القول الأول، وهو جواز وصحة الشرط الجزائي إذا كان محل الالتزام عملاً من الأعمال، وذلك لما يأتي:

١) قوة الأدلة التي استدلوا بها مع وجاهتها في الوقت الحاضر، لأن الحاجة في بعض الأحيان تنزل منزلة الضرورة، والشرط الجزائي يحتاج إليه مع فساد الضمائر، حسماً لصاحب العمل، وابتعاداً من المشاحنات بين الطرفين، وفقاً للاتفاق الحاصل في العقد.

٢) لأن الشرط الجزائي مما يقتضيه مضمون العقد، وهو تحقق مصلحة العاقدين، إذ يحفز على إكمال العقد في وقته المحدد، وقد قرر المجمع الفقهي العالمي بجوازه حيث نص على أنه: "يجوز في عقد الاستصناع أن يتضمن شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة"[٣].

٣) الأولى ارتباط الشرط الجزائي بالضرر الفعلي، لأن هذا الضرر عند ابتداء العقد مفترض وليس حقيقي، ولا شك أن ربط التعويض بالضرر الحاصل أولى شرعاً وعقلاً، مع كثرة وقوعه وحصول الإخلال بين الناس حتى أصبح عرفاً جارياً مما أدى إلى القول بجوازه، بترتب المزايا المستحسنة والمصالح المرجوة في الشرط الجزائي.

---

[١]) ينظر: النظريات الفقهية، د. فتحي الدريني، جامعة دمشق / سوريا، الطبعة الثانية، سنة ١٩٨٩م، ص ١٩٦- ٢٢٦.

[٢]) حكم الشرط الجزائي الوارد على الاعمال وصورة تطبيقه في المصارف الإسلامية، بلحاجي، ص ٣٣٧.

[٣]) ينظر: حقيبة طالب العلم الاقتصادية، د. علي محيي الدين القره داغي، ١٠٠/٨.

٤) ثبت في صحيح البخاري، "عن ابنِ سِيرينَ قَالَ: قَالَ رجُلٌ لَكَرِيِّهِ أَدْخِلْ رِكَابَكَ فإنْ لَمْ أَرْحَلْ معَكَ يَوْمَ كَذَا وكَذَا فَلَكَ مائَةُ دِرْهَمٍ فَلَمْ يَخْرُجْ فَقَالَ شُرَيْحٌ مَنْ شَرَطَ علَى نَفْسِهِ طَائِعاً غَيْرَ مُكْرَهٍ فَهْوَ عَلَيْهِ"[١].

❖ **حكم الشرط الجزائي على التأخير في سداد الديون:** وصورته أن يتضمن العقد الأصلي شرطاً يدفع بموجبه المدين مبلغاً من النقود للدائن إذا تأخر المدين عن سداد الدين في الوقت المحدد في أصل العقد، يتفق عليه الدائن مع المدين عند التعاقد، وهذه الصورة تنقسم على صورتين من خلال المتتبع لآراء الفقهاء في هذه المسألة سيجد أن العلماء قسموها إلى صورتين جزئيتين، وهذان هما اللذان سينصب الحكم عليهما.

الفقهاء الأولون رحمهم الله لم يختلفوا في أن تقدير التعويض يكون بعد وقوع الضرر لا قبله، وإنما الخلاف وقع في الوقت الأنسب لتقدير التعويض بعد وقوع الضرر، إما مباشرة أو بعده وذلك مراعاة لجانب العدل والإنصاف لتحقيق التعويض المناسب والمساوي للضرر الواقع امتثالاً للشرع وقطعاً للنزاع الحاصل، ثم إن قواعد الشريعة تأبى التعويض إلا عن الضرر الماثل الواقع فعلاً والذي يمكن تقويمه بالمال كما في تنفيذ الاعمال، أما المتوقع فلا تعويض فيه لأنه معدوم[٢].

مسألة التعويض هي موضوع هذا الفرع، فلابد من بذل جهدٍ خاصٍ فيها، فهي محوره ومقصده، وهي من المسائل التي يكثر الحديث عنها في عصرنا الحالي، إذ البلاء بالمماطلة قد شاع وانتشر، بل وبعض الناس يتفاخرون بالمطل الذي يفعلونه، وهو خُلُق حديثٌ كما هو موجود قديماً، على تفاوت بين القديم والحديث، كتفاوت الوازع الديني بين القديم والحديث، لكن لابد من تحديد محل البحث، ثم تلخيص اجتهادات العلماء مع بيان أدلتهم ومناقشتها، وترجيح المسألة.

الصورة الأولى: حكم الشرط الجزائي المتضمن تعويض الدائن بمبلغ من النقود إذا تأخر المدين عن الوفاء في الوقت المحدد.

إذا اتفق الطرفان الدائن مع المدين على تعويضه مبلغاً معيناً عن كل يوم تأخير، فإن هذا الشرط لا يجوز شرعاً باتفاق الفقهاء لأنه صريح بالربا كما قال الإمام أبن عبد البر: "وأجمع العلماء من السلف والخلف أن الربا الذي نزل القرآن بتحريمه هو أن يأخذ صاحب الدين لتأخير دينه بعد حلوله عوضا عينا أو عرضا وهو معنى قول العرب إما أن تقضي وإما أن تربي"[٣]، ويوضح ذلك الإمام الحطاب[٤] بصورة واضحة بقوله: "إذا التزم المدعى عليه للمدعي أنه إذا لم يوفه حقه في كذا فله عليه كذا وكذا، فهذا لا يختلف في بطلانه، لأنه صريح الربا، وسواء كان الشيء الملتزم به من جنس الدين أو غيره، وسواء كان شيئاً معيناً أو منفعة"[٥]، ومن هنا يتبين أن الشرط الجزائي المقرر لتأخير الوفاء بالديون يُعد ربا نسيئة وهو محرم بالنصوص القطعية

---

[١]) صحيح البخاري، باب ما يجوز من الاشتراط والثنيا في الاقرار، ١٩٨/٣. ينظر: عمدة القاري شرح صحيح البخاري، الحنفى بدر الدين العينى (المتوفى: ٨٥٥هـ)، دار إحياء التراث العربي – بيروت، ٢١/١٤.

[٢]) نظرية الشرط الجزائي بين الفقه والقانون، جواد محمود بحر، ص ١٤٥ وما بعدها.

[٣]) الكافي في فقه الإمام أحمد، ٦٣٣/٢.

[٤]) وهو محمد بن محمد بن عبد الرحمن الرعينيّ، المعروف بالحطاب: فقيه مالكي، من علماء المتصوفين. ولد واشتهر بمكة، ومات في طرابلس الغرب (٩٠٢ - ٩٥٤ هـ). من كتبه (قرة العين بشرح ورقات إمام الحرمين، استخراج أوقات الصلاة بالأعمال الفلكية بلا آلة). ينظر: الأعلام، ٥٨/٧، هدية العارفين، ٢٤٢/٢.

[٥]) تحرير الكلام في مسائل الالتزام، محمد بن محمد الحطاب (٩٥٤ه)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة/الأولى، ١٩٨٤م، ص ١٧٦.

والإجماع، وقد قال بعدم جواز هذا الشرط كثير من العلماء منهم الشيخ زكي الدين شعبان والدكتور الصديق الضرير والدكتور رفيق المصري وكذا أيضاً الشيخ مصطفي الزرقا حيث قال: "إن الاتفاق على مقدار ضرر الدائن عن تأخير الوفاء له محذور كبير، وهو أنه قد يصبح ذريعة لربا مستور بتواطؤ من الدائن والمدين، بأن يتفقا في القرض على فوائد زمنية ربوية، ثم يعقد القرض في ميعاده، لكن يستحق عليه الدائن تعويض تأخير متفق عليه مسبقاً يعادل سعر الفائدة، فلذلك لا يجوز في نظري"[1]، بهذا يتبين أن الشرط الجزائي المتضمن الاتفاق على التعويض لأجل التأخير لا يجوز شرعاً إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود، لأنه ربا نسيئة[2]، كما قال الجصاص: "وَهَذَا هُوَ الأصل فِي امْتِنَاعِ جَوَازِ أَخْذِ الْأَبْدَالِ عَنْ الْآجَالِ"[3].

يقول الدكتور الصديق الضرير: "لا يجوز أن يتفق البنك مع العميل المدين على أن يدفع له مبلغاً محدداً أو نسبة من الدين الذي عليه في حالة تأخره عن الوفاء في المدة المحددة، سواء أسمى هذا المبلغ غرامة أو تعويضاً[4]أو شرطاً جزائياً، لأن هذا هو ربا الجاهلية المجمع على تحريمه[5]".

<u>الصورة الثانية:</u> حكم اشتراط التعويض التأخيري بعد وقوع الضرر: الفرق بين هذه الصورة والصورة الأولى، أن الشرط في الصورة الأولى يتضمن تحديد مقدار التعويض عن الضرر الذي يحتمل وقوعه مسبقاً بإرادة العاقدين ورضاهما، ويلزم المدين بدفعه إذا تأخر عن دفع التزامه في حينه، سواء ألحقه ضرر فعلي أم لا، ويفترض وجود الضرر بمجرد التأخير، وقد يكون مبلغ الشرط أكبر من الضرر أو مساوياً له، أو دونه، ولا يتدخل القاضي في تعديل الالتزام، فالمبلغ فيه مقابل الأجل.

أما الشرط في الصورة الثانية فيخلو من ذكر مقدار التعويض الافتراضي، ولا يلزم المدين بدفع شيء للدائن مع تأخره إلا إذا وقع ضرر فعلي، ويرجع للعاقدين في تحديد مقدار التعويض عن هذا الضرر، وتتكون من صورتين هما:

الأولى: المدين المعسر الذي لا يقدر على الوفاء بديونه:

فقد روى الصحابي الجليل ابو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ((كَانَ تَاجِرٌ يُدَايِنُ النَّاسَ، فَإِذَا رَأَى مُعْسِرًا قَالَ لِفِتْيَانِهِ: تَجَاوَزُوا عَنْهُ، لَعَلَّ اللَّهَ أَنْ يتجاوز عَنَّا، فَتَجَاوَزَ اللَّهُ عَنْهُ))[6]، إن لم يكن المدين غنياً فمطله عدل، وينقلب الحال على الغريم فتكون مطالبته ظلماً، فهو يدل على أن أنظار المعسر يكفر كثيراً من السيئات، وبهذا يتبين إن كان عاجزاً فلا محل للتعويض أصلاً، بل لا محل للمطالبة بذات الدين الأصلي، لأن المطالبة تتنافى مع النصوص القطعية.

---

[1]) ينظر: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، د. محمد عثمان شبير وأخرون، ٨٦٢/٢ وما بعدها.
[2]) ينظر: حقيبة طالب العلم الاقتصادية، د. علي محيي الدين القره داغي، ٩٧/٨.
[3]) أحكام القرآن، أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي، المحقق: محمد صادق القمحاوي، دار إحياء التراث العربي – بيروت - تاريخ الطبع: ١٤٠٥ هـ، ١٨٧/٢.
[4]) خطأ استعمال الغرامة في موضوعنا هذا، بل غير صحيح، فالغرامة عقوبة جنائية تصرف للدولة فقط، والذي ينبغي بحثه في هذا المجال هو التعويض المالي عما أصاب البنك من ضرر عما فاته من أرباح متوقعة أو مظنون بها، وإذا ذكر يُعدُّ مسامحةً.
[5]) ينظر: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، د. محمد عثمان شبير وأخرون، ٨٦٢/٢ وما بعدها.
[6]) صحيح البخاري، باب من أنظر معسراً، رقم الحديث ٢٠٧٨، ٥٨/٣.

فقد أتفق الفقهاء[١] على وجوب إنظار المدين المعسر لقوله تعالى: ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾[٢]، وقد وضع مجمع الفقه الإسلامي معياراً للإعسار حيث نص على أن ضابط الإعسار الذي يوجب الإنظار هو أن لا يكون له مال زائد عن حوائجه الأصلية يفي بدينه نقداً أو عيناً[٣].

الثانية: المدين الموسر المماطل الذي يقدر على الوفاء بديونه:

من المتفق عليه بين الفقهاء أن مطل الغني ظلم وإثم وعدوان، وصريح الحديث الذي ينص على أن مطل الغني ظلم، ولكن الذي يثير حول هذه الصورة هي هل بالإمكان ترتب عقوبات دنيوية على هذا الظلم، اختلف العلماء المعاصرون في جواز هذا الشرط والوفاء به، فانقسمت الآراء على هذا الأصل إلى ثلاثة آراء، فأحدها يجيز التعويض، والآخر لا يجيزه، والثالث يمنع منه، ويمكن حصر هذه الآراء في اتجاهين على أساس جواز التعويض أو عدمه، ولا بد من استعراض الأدلة كلٍّ من الفرقاء اصحاب تلك الآراء ثم مناقشتها وإثبات الرأي الراجح، الذي تدعمه الأدلة، ويؤيده الواقع الحالي.

الرأي الأول: اتجاه المانعين الذي يمنعون تعويض التأخير مطلقاً:

إن هذا الرأي يقرّر منع مثل هذا التعويض بأية صورة من الصور التي يستفيد منها الدائن، وهو الرأي الشائع الذي عليه جمهور أهل العلم في عصرنا، ومن هؤلاء الدكتور نزيه كمال حماد والدكتور علي محيي الدين القره داغي، والدكتور محمد عثمان شبير، وهو رأي المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي، ورأي الدكتور زكي الدين شعبان الذي قال: "وتصوير الربا الذي حرمه الله على هذا الوجه يدخل فيه بلا ريب الفائدة التي يأخذها الدائن في مقابل التأخير في دفع ثمن المبيع الذي لم يدفعه المشتري عند حلوله، وهي ما أجازها القانون الوضعي، وعرفت فيه بفائدة التعويض عن التأخير في الوفاء بالالتزام"[٤].

وجاء في قرار المجمع الفقهي الإسلامي نصه: "إن الدائن إذا شرط على المدين أو فرض عليه، أن يدفع له مبلغاً من المال، غرامة مالية جزائية محددة، أو بنسبة معينة إذا تأخر عن السداد في الموعد المحدّد بينهما، فهو شرط أو فرض باطل، ولا يجب الوفاء به، بل ولا يحل، سواء كان الشراط هو المصرف أو غيره، لأن هذا بعينه هو ربا الجاهلية الذي نزل القرآن بتحريمه"[٥].

وقد استدل المانعون بعدة أدلة نذكرها مع ما يمكن من مناقشتها، مناقشة علمية مجردة وهي:

١) إنَّ التعويض التأخيري ربا نسيئة محرم، فالفوائد التعويضية هي فوائد تستحق عن مبلغ من النقود لم يحل ميعاد استحقاقه، أما الفوائد التأخيرية فهي فوائد تستحق عن مبلغ من النقود حل ميعاد استحقاقه وتأخر المدين في الوفاء، ومن الملاحظ أن الفوائد

---

[١]) ينظر: البناية شرح الهداية، ٢٧/٩، القوانين الفقهية، ص ٢٠٩، الأم، ٢٠٦/٣، المغني، ٣٣٨/٤.
[٢]) سورة البقرة: من الآية ٢٨٠.
[٣]) ينظر: حقيبة طالب العلم الاقتصادية، د. علي محيي الدين القره داغي، ١٠١/٨.
[٤]) ينظر: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، د. محمد عثمان شبير وأخرون، ٨٦٦/٢.
[٥]) نظرية الشرط الجزائي بين الفقه والقانون، جواد محمود بحر، ص ١٦٣.

تعويضية أو تأخيرية هي ربا النسيئة المحرم عند جميع الشرائع، لقوله تعالى: ﴿ وَأَخۡذِهِمُ ٱلرِّبَوٰاْ وَقَدۡ نُهُواْ عَنۡهُ ﴾[1] يعني: في الكتب السّالفة.

٢) إن العمل بالتعويض الربوي يؤدي إلى إقصاء المؤيدات الشرعية لحمل المدين المماطل على أداء الدين مما نص عليه الفقهاء من رفع الأمر إلى القضاء، ومعاقبة المدين المماطل بالحبس والتعزير، قال الإمام النووي: "قَالَ الْعُلَمَاءُ يُحِلُّ عِرْضَهُ بِأَنْ يَقُولَ ظَلَمَنِي وَمَطَلَنِي وَعُقُوبَتُهُ الْحَبْسُ وَالتَّعْزِيرُ"[2]، وبيع أموال المماطل لتسديد دينه وغير ذلك مما نص عليه الفقهاء من رفع الأمر إلى القضاء، وقد أقر الفقهاء جواز فرض العقوبات التعزيرية من ضرب أو حبس أو نحو ذلك على مطل الغني بناء بحديث: ((لَيُّ الوَاجِدِ يُحِلُّ عُقُوبَتَهُ وَعِرْضَه)) قَالَ سُفْيَانُ: "عِرْضُهُ يَقُولُ: مَطَلْتَنِي وَعُقُوبَتُهُ الحَبْسُ"[3].

- **مناقشة الأدلة:**

١. أن تعويض ضرر التأخير بعيد عن الفوائد الربوية، فهو إقامة العدل يزيل ضرراً ألحقه إنسان متهاون بواجبه طامع بحقوق غيره التي تحت يده، فحجبها عنه بلا عذر ليستبيحها بأكبر قدر ممكن أو يأكلها إذا مل صاحبها من ملاحقته فيها، فوجب إنقاذ المظلوم من الظالم، وتعويض الأول ما فوته عليه الثاني من منافع حقه لو وفاه إليه في حينه، ولذا وصفه الرسول محمد صلى الله عليه وسلم بالظلم، فأين هذا العدل من ذلك الظلم والجور؟.

٢. إن القول برفع الأمر إلى القضاء لا بأس به إذا كان وصول الدائن إلى حقه عن طريق القضاء ميسوراً وسريعاً فيما مضى، ولكن هذا المنوال اليوم وفي ظل نظام المرافعات وأصول المحاكمات ومجالات التأجيل وفن المجادلة والمراوغة الذي برع فيه كثير من المحامين أصبح هذا الطريق طويلاً وشاقاً ويفضل كثير من الناس عدم اللجوء إليه[4].

الرأي الثاني: اتجاه المجيزين الذي أجازوا فرض تعويض التأخير على المدين الموسر المماطل:

فذهب الشيخ مصطفي الزرقا والدكتور الصديق الضرير والقاضي عبد الله المنيع والشيخ عبد الحميد السائح، الى جواز تعويض التأخير، وقد أستدلَّ المجيزون بعدة أدلة نذكرها مع ما يمكن من مناقشتها مناقشة علمية وهي:

١) استدلوا بثلاثة أحاديث وهي، ((لَيُّ الوَاجِدِ يُحِلُّ عُقُوبَتَهُ وَعِرْضَه))،((مطل الغني ظلم))، ((لا ضرر ولا إضرار))[5] فيدل الحديث الثالث على تحريم الضرر على أي صفة كان، فتأخير المدين للوفاء بالدين عن موعده يلحق بالدائن ضرراً، وهو حرمانه من منافع ماله

---

[1]) سورة النساء: ١٦١.

[2]) ينظر: النووي شرح صحيح مسلم، بَاب تَحْرِيمِ مَطْلِ الْغَنِيِّ، رقم الحديث ٣٣ (١٥٦٤)،١٠/٢٢٧.

[3]) صحيح البخاري، باب لصاحب الحق مقال، رقم الحديث ٢٤٠٠، ٣/١١٨.

[4]) نظرية الشرط الجزائي بين الفقه والقانون، جواد محمود بحر، ص ١٧٥.

[5]) الحديث الأول سبق تخريجه، والحديث الثاني في صفحة الحديث الاول نفسها، في صحيح البخاري، والحديث الثالث في مسند الإمام الشافعي، الشافعي – باب ما جاء في المظالم، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان - ١٣٧٠ هـ، ٢/١٣٤. هَذَا حَدِيثٌ صَحِيحُ الْإِسْنَادِ عَلَى شَرْطِ مُسْلِمٍ وَلَمْ يُخَرِّجَاهُ. ينظر: المستدرك على الصحيحين، أبو عبد الله الحاكم (المتوفى: ٤٠٥هـ) - تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، ٢/٦٦.

في مدة التأخير، وهذا الضرر لابد من إزالته عملاً بالقاعدة الفقهية: "الضرر يزال"[١]، وضرر حرمانه من منافع ماله لا يزال إلا بالتعويض، والحديثان الأولان يدلان على أن مطل الغني ظلم يحل عقوبته وإن كان في الغالب هي الحبس والضرب ونحو ذلك من الإجراءات القانونية، فليس هنالك مانع من العقاب بالغرامة المالية، وبتعبير آخر العقوبة جاءت مطلقة، والمطلق يجري على إطلاقه، ما لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالةً كما تقرّر في القواعد الفقهية[٢].

٢) إن مقاصد الشريعة العامة وأسسها في تقرير الأحكام عدم المساواة بين الأمين والخائن، وبين العادل والظالم، فاستدلوا بالمصالح المرسلة، حيث إنها تقتضي منع المماطل من استغلال أموال المسلمين ظلماً وعدواناً، ولذلك أجيز التعويض عما أصاب المصرف من الضرر الفعلي[٣].

٣) إن الأصل في الشروط الصحة واللزوم، لقوله صلى الله عليه وسلم: ((الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ))[٤]، ما لم يشرط شرطاً يحل حراماً أو يحرم حلالاً، واشتراط التعويض لمن لحق به الضرر على المدين المماطل شرط صحيح لازم، لأنه يتفق مع قواعد العدالة التي قررتها الشريعة الإسلامية ولم يرد نهي عنه بخصوصه، ومما يوضح ذلك ويوكده من ناحية إثبات الحقوق قول أمير المؤمنين عمــر بن الخطاب رضي الله عنه: "مقاطع الحقوق عند الشروط"[٥].

- **مناقشة الأدلة:**

١. إن الاستدلال بالحديثين الأولين على جواز التعويض المالي غير مسلم، لأن الفقهاء وضحوا العقوبة فيه بالحبس والتعزير، ولم يفسروها بالتعويض المالي، لأنه ربا، كما بُيّن من أقوالهم، وقد نص ابن تيمية بقوله: "فَيُعَاقِبُ الْغَنِيَّ الْمُمَاطِلَ بِالْحَبْسِ، فَإِنْ أَصَرَّ عُوقِبَ بِالضَّرْبِ حَتَّى يُؤَدِّيَ الْوَاجِبَ، وَقَدْ نَصَّ عَلَى ذَلِكَ الْفُقَهَاءُ: مِنْ أَصْحَابِ مَالِكٍ، وَالشَّافِعِيِّ، وَأَحْمَدَ، وَغَيْرِهِمْ وَلَا أَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا"[٦].

ثم إنّ النقود لها خصوصية المساواة الكاملة مع القبض الفوري يدا بيد إذا كان النقدان من جنس واحد، والقبض الفوري فقط إذا كانا مختلفي الجنس، فهنا حصل الفرق الجوهري في المسألة حيث إنّ النقود ليست لها منافع بذاتها، ولذلك لا يجوز تأجيرها، كما يقال أن النقد لا يلد نقداً، وقد قال بعض المتخصصين في الاقتصاد والقانون: "إن هذه الاقتراحات أخشى أن تتخذ ذريعة في التطبيق العملي إلى الربا، فتصبح الفائدة الممنوعة نظرياً عملياً باسم العقوبة جزاء التأخير"[٧]، وبهذا قال الفقهاء بأن العين المغصوبة التي يمكن أن تستأجر يضمن الغاصب منفعتها

---

[١]) الأشباه والنظائر، السيوطي، ص ٨٣، الأشباه والنظائر،لابن نجيم المصري، ص ٧٢.

[٢]) ينظر: حقيبة طالب العلم الاقتصادية، د. علي محيي الدين القره داغي، ١٠٤/٨.

[٣]) ينظر: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، د. محمد عثمان شبير وأخرون، ٨٦٦/٢.

[٤]) صحيح البخاري، باب أجرة السمسرة، رقم الحديث ٢٢٧٣، ٩٢/٣.

[٥]) صحيح البخاري، باب الشروط في المهر، رقم الحديث ٢٧٢٠، ١٩٠/٣.

[٦]) السياسة الشرعية، ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (المتوفى: ٧٢٨هـ)، وزارة الشئون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد - المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ، ص ٣٦- ٣٧.

[٧]) ينظر: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، د. محمد عثمان شبير وأخرون، ٨٦٧/٢.

مدة بقائه في يده، أما إذا كان المغصوب نقوداً، وهي أموال لا تصح إجارتها بالإجماع، فلا يضمن زيادة على مقدار المبلغ المغصوب مهما طالت مدة غصبه[1].

٢. ويمكن مناقشة الدليل الثاني بأن من شروط المصالح المرسلة أن لا تصطدم مع نص شرعي، وهذه المصلحة تصطدم مع النصوص الخاصة بمنع الزيادة في الديون لا في البدء ولا في الانتهاء[2].

٣. القول بأن الأصل في الشروط الصحة واللزوم ليس على إطلاقه، وإنما هو مقيد بما لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية، واشتراط التعويض المالي على المدين عند التأخير يتعارض تعارضاً واضحاً مع الشريعة الإسلامية لأنه ربا صريح.

الرأي الراجح: بعد عرض آراء العلماء المعاصرين في اشتراط التعويض عن ضرر التأخير في الديون وأدلتهم ومناقشتها يبدو لي أن الراجح هو عدم جواز التعويض عن ضرر التأخير في الديون، وذلك لقوة أدلة القائلين بعدم الجواز، ويؤيد ذلك ما يأتي:

(١) من الناحية العملية في المصارف التي أجازت تعويض التأخير على ضوء بعض ضوابط شكلية بحيث إذا تم الاتفاق بين الطرفين بدأ الكمبيوتر في إثبات غرامة التأخير، ولا يميز كون المدين معسراً أو موسراً، ولذلك تتجه هذه المصارف إلى اعتبار المدين مماطلاً بمجرد تأخره عن السداد، ومن جانب آخر العقد فاسد مجرد الاتفاق على الزيادة، سواء كان معسراً أو موسراً، ولا شك في أن هذا الدين قد جر منفعة مادية للدائن وهو محظور، فضلاً عما قلناه بعدم التفرقة بينهما في سياق اثبات المعاملة.

(٢) إنَّ العلة في تحريم الربا هي الزيادة، بدليل قوله صلى الله عليه وسلم ((الذّهب بالذّهب... مثلًا بمثلٍ، يدًا بيدٍ، فمن زاد، أو استزاد، فقد أربى، الآخذ والمعطي فيه سواءٌ))[3]، فلا يجوز التعويض بسبب الضرر المادي، لأن الحكمة غير منضبطة، قد تتحقق وقد لا تتحقق، ولذا فلا يرتبط تحريم الربا بالاستغلال، فلا يصح أن يقال إذا وجد الاستغلال فهو ربا محرم، وإذا لم يوجد الاستغلال فلا يسمَ ربا، فهذا مبنيٌ على حكمة التحريم وليست على علته، والأحكام تبنى على العلل لا على الحِكم، لأن الحكمة غير منضبطة.

(٣) إجماع الفقهاء بإن التعويض عن ضرر التأخير زيادة مشروطة في قرض فهو ربا محرم، قال الإمام ابن قدامة: " وَكُلُّ قَرْضٍ شَرَطَ فِيهِ أَنْ يَزِيدَهُ، فَهُوَ حَرَامٌ، بِغَيْرِ خِلَافٍ. قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ: أَجْمَعُوا عَلَى أَنَّ الْمُسَلِّفَ إذَا شَرَطَ عَلَى الْمُسْتَسْلِفِ زِيَادَةً أو هَدِيَّةً، فَأَسْلَفَ عَلَى ذَلِكَ، أَنَّ أَخْذَ الزِّيَادَةِ عَلَى ذَلِكَ رِبًا. وَقَدْ رُوِيَ عَنْ أُبَيِّ بْنِ كَعْبٍ، وَابْنِ عَبَّاسٍ، وَابْنِ مَسْعُودٍ، أَنَّهُمْ نَهَوْا عَنْ قَرْضٍ جَرَّ مَنْفَعَةً. وَلأنه عَقْدُ إرْفَاقٍ وَقُرْبَةٍ، فَإِذَا شَرَطَ فِيهِ الزِّيَادَةَ أَخْرَجَهُ عَنْ مَوْضُوعِهِ. وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الزِّيَادَةِ فِي الْقَدْرِ أو فِي الصِّفَةِ"[4].

(٤) إنّ النصوص والآثار تدل على أن مشكلة تأخر الديون ليست وليدة عصرنا، بل كانت موجودة، ومع ذلك لم ينقل إلينا أن أحداً أجاز اشتراط الزيادة على الديون بل أجمعوا على عدم

[1]) ينظر: الكافي في فقه الإمام أحمد، ٢٢٦/٢، فتح العزيز بشرح الوجيز، الرافعي، ٢٦٢/١١.
[2]) ينظر: مقاصد الشريعة الإسلامية، ابن عاشور، ص ١٣٤، ضوابط المصلحة، ص ١٢٩ وما بعدها.
[3]) صحيح مسلم – كتاب المساقاة - باب الصرف، رقم الحديث، ٨٢ (١٥٨٤)، ١٢١١/٣.
[4]) المغني، ٢٤٠/٤.

جواز ذلك، وذكر الإمام الجصاص "أنّ العرب لم يكونوا يعرفون البيع بالنقد، فأخبر الله تعالى أن تلك الزيادة المشروطة إنما كانت ربا في المال المعين، لأنه لا عوض لها من جهة المُقرض"[1].

وهذا ما عليه الندوات الفقهية والاقتصادية والمجامع الفقهية، وفتاوى مجمع الفقه الإسلامي الدولي التي نصّتْ على أن "الشرط الجزائي إذا كان محل الالتزام ديناً في الذمة لا يجوز الاتفاق على أداء زيادة عنه بسبب التأخير، لأن ذلك صورة من صور ربا النسيئة"[2].

والخلاصة: أن اشتراط المرابحات والالتزامات النقدية الآجلة على الزام المدين بدفع مبلغ محدد شرط فاسد لا يجوز ارتكابه ولا يجوز للمصارف الاسلامية أن تقدم عليه، لأنها تقترب تماماً من البنوك الربوية، فمن قال بالمنع استند إلى الاستحسان بالمصلحة بشقها الثاني الذي يقتضي دفع مفسدة، وهو الجانب السلبي، للمحافظة على اموال الناس من أن تكون عرضة للتلاعب، ومن قال بالجواز أيضاً استند إلى الاستحسان بالمصلحة بشقها الأول الذي يقتضي جلب منفعة وهو الجانب الإيجابي، والذي يتمثل بحفظ المال أيضاً.

[1]) أحكام القرآن، الجصاص، ١٨٤/٢.

[2]) ينظر: حقيبة طالب العلم الاقتصادية، د. علي محيي الدين القره داغي، ١١١/٨.

الفرع الخامس
أثر الاستحسان في استنباط حكم الشرط الجزائي

وبعد ما عرضناه بشأن تعويض الشرط الجزائي، ببيان معناه ومقوماته وخصائصه وصوره وحكمه، نتعرض إلى مدى الفائدة من تطبيق دليل الاستحسان في استنباط الحكم الشرعي له، وهل هو مما يمكن إجراؤه في المعاملات والنوازل المعاصرة، إن تحقق معناه فيه.

ولكن من الممكن إجراء الاستحسان بالقياس الخفي على ما جرى استحسانه بالنص، عن طريق الاجتهاد وتوسيع نطاق ما تمَّ استحسانه، وأكثر الاستحسانات المعاصرة تدخل في استحسان الضرورة أو الحاجة أو المصلحة، وهي معان يقرب بعضها من بعض، وأما الاستحسانات بالأدلة المتفق فيها تدور حولها، ولهذا برزت الحاجة لتوضيح المسألة وتلخيصها التي تحقق مواجهة لكافة الحوادث وبث الأمان في البيئة الاستثمارية في مجالات مختلفة[1].

والضرر الذي ينشأ التعويض على أثره عن اتفاق عقدي، فالشرط الجزائي عليها في نهايته بحث عن تعويض اتفاقي رضائي يربط نص العقد به بين إرادتي طرفي العقد، أن معظم أنشطة المصارف تكون في المرابحات الداخلية أو الدولية أو البيع الآجل أو الاستصناع بثمن آجل ونحو ذلك، وكل هذه الأنشطة تتحول إلى ديون آجلة، وبالتالي تكون معظم موجودات هذه المصارف ديوناً أو نقوداً، فحينئذٍ تقع مشكلة فقهية عندما يراد التعامل في مثل هذه الحالة[2].

يعتبر دليل الاستحسان من الأدلة التابعة للنصوص الأصلية، وله أهمية بالنسبة للناظر في النوازل يحكم من خلاله في الوقائع المختلفة بخلاف حكم نظائرها لاعتبارات شرعية يراها الناظر أنها مقتضية لهذا العدول، فإذا عدل الناظر بما لم يرد بحكمه نص ولا إجماع عما يقتضيه القياس الظاهر من الحكم إلى ما يقتضيه القياس الخفي لوجه يرجح العدول، كما في حقوق الشرط الجزائي، كان هذا العدول عن مقتضى القياس الظاهر إلى مقتضى القياس الخفي استحساناً، والمتأمل في كلام الأصوليين وتقسيماتهم للاستحسان يجد أنه لا يخرج عن مقتضى الأدلة ومآلاتها ولا يعدو أن يكون نوعاً من أنواع الإعادة إلى مقاصد الشريعة وكلياتها[3]، نوجزه فيما يأتي:

أثر الاستحسان في استنباط حكم الشرط الجزائي عن مجرد الامتناع عن تنفيذ الأعمال أو التأخر في التنفيذ في المقاولات

(١) إذا لم يلحق بصاحب العمل ضرراً فلا يستحق التعويض، وإن كان قد ذُكر في العقد لزوم التعويض عند وقوعه، إذ الأصل قبل القياس هو الرجوع إلى العدالة، والعدالة لا تسمح بالتعويض عن أمر لم يزل أو لم يُنتقص، رُغم أن الأصل هو لزوم التعويض للاتفاق عليه إلا أن الاستحسان وهو دليل شرعي يمنع غلو القياس، ومن قال بالجواز استند بضرورة الاستحسان.

وعليه فإن الاستحسان هو ما يقابل القياس من الأحكام الاستثنائية التي يراعى فيها معنى من المعاني ذات الأثر القوي مع خفاء مناطها القياسي، فعدم استحقاق التعويض رغم النص عليه في العقد هو مسلك العدالة الضروري، يشبه تماماً عدم استحقاقه للتعويض عند عدم الضرر، وهما

---

[1]) نظرية الشرط الجزائي بين الفقه والقانون، جواد محمود بحر، ص ١٩٢.
[2]) ينظر: حقيبة طالب العلم الاقتصادية، د. علي محيي الدين القره داغي، ٢٠٢/١- ٢٠٤.
[3]) ينظر:أثر الادلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، د. مصطفى ديب البُغا، ١٣٤/٢.

مسلكان طبيعيان، والقول بأحدهما دون الآخر، انتقاص من مبدأ العدالة، استناداً لقول الله تعالى: ﴿ وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِٱلْعَدْلِ ﴾[1].

(٢) الشرط الجزائي المقترن بعقد المقاولة، والذي يتضمن دفع مبلغ من النقود بسبب تأخر المقاول عن الوقت المحدد، الذي يعد شرطا جائزاً، ويوضح ذلك قول الإمام الكاساني: "وَأَجْمَعُوا عَلَى أَنَّهُ لَوْ أَلْحَقَ بِالْعَقْدِ الصَّحِيحِ شَرْطًا صَحِيحًا كَالْخِيَارِ الصَّحِيحِ فِي الْبَيْعِ الْبَاتِّ وَنَحْوِ ذَلِكَ يَلْتَحِقُ بِهِ"[2]، أو الشرط الجزائي المقترن بعقد العمل، والذي يتضمن خصم مبلغ معين من النقود من أجرة العامل إذا أخلَّ بالتزاماته المختلفة، والذي يعدُّ شرطا جائزاً، ويبين ذلك ويؤكده الإمام أبن عابدين بقوله: "لَوْ ذَكَرَا الْبَيْعَ بِلَا شَرْطٍ ثُمَّ ذَكَرَا الشَّرْطَ عَلَى وَجْهِ الْعَقْدِ جَازَ الْبَيْعُ وَلَزِمَ الْوَفَاءُ بِالْوَعْدِ، إذْ الْمَوَاعِيدُ قَدْ تَكُونُ لَازِمَةً فَيُجْعَلُ لَازِمًا لِحَاجَةِ النَّاسِ"[3]، ويلاحظ امكانية الاستدلال بالاستحسان الذي يعد استثناءً من الأصول العامة مخالفاً قاعدة مطردة، لأن الشرط الجزائي وارد على شيءٍ معدوم خلافاً لقياس الأصل فيها، ومما يميز الغرر والجهالة اللذين يبطلان العقد عن غيرهما مما لا يؤثران، مبني على اعتبار رفع الحرج والترخص في مخالفة قواعد قياسية كانت تقتضي خلاف هذه الأحكام، يقول الدكتور الزحيلي: "ومجمل القول أنَّ تأثير الغرر للجهالة ونحوها على العقد بإبطاله أو إفساده مشروط بألا يكون للناس حاجة إلى ذلك العقد"[4].

(٣) المسألة هاهنا التزام متبادل من كلٍّ من الطرفين تجاه الآخر، والأصل في الالتزامات هو الوفاء بها، غير أن الوفاء بالتزامٍ ما في ظرفٍ ما قد يكون بعيداً عن القياس، فيحتاج الأمر الى شأن خاصٍ يبتعد به عن الأصلَ، غير خارج عن مقتضى الأدلة، كما هو الحال في عقد الاستصناع الذي يُعدُّ المصدر الأهم لمشروعية الشرط الجزائي ضمن العقد، خروجاً منه عن موجب القياس وإيثاراً منه لموجب الاستحسان، استناداً بما رواه الإمام البيهقي من تضمين الصناع والأجراء والصواغ عن الإمام علي رضي الله عنه أنه قال: "لَا يُصْلِحُ النَّاسَ إِلَّا ذَلِكَ"[5]، ودفعاً للضرر عن الناس، وحماية للأموال من أن تكون عرضة للاحتيال والمماطلة، وكل ذلك قد يؤدي إلى احجام الناس عن الأقدام على العمل واستثمار أموالهم، ويكون في ذلك ضرر بالغ للاقتصاد[6].

(٤) الاستنباط الاستحساني مبني على اعتبار مآلات الأعمال تجنباً من غلوّ القياس عندما يؤدي إلى مشكلة في المصلحة التطبيقية، فهو يعدُّ تابعاً للقياس بمثابة اللجام له إذا جمح وخيف أن يؤدي إلى نتائج تنافي روح الشريعة، ومنهاجها الحكيم في إقامة للعدالة ودفعاً للحرج[7]، إذن فالاستحسان على الشاكلة المذكورة، أصل من أصول تحقيق المناط حينما يصل المسار المعتاد

---

[1]) سورة النساء: من الآية ٥٨.
[2]) ينظر: بدائع الصنائع، ١٧٦/٥.
[3]) ينظر: حاشية ابن عابدين، ٨٤/٥.
[4]) ينظر: نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، د. وهبة الزحيلي، ص ٢٦٤.
[5]) السنن الكبرى، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: ٤٥٨هـ)، المحقق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنات - الطبعة: الثالثة، ١٤٢٤ هـ، ٢٠٢/٦.
[6]) حكم الشرط الجزائي الوارد على الأعمال وصورة تطبيقه في المصارف الإسلامية، بلحاجي، ص ٣٣٣.
[7]) ينظر: أثر الادلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، د. مصطفى ديب البُغا، ٢٨/٢.

إلى ما يجافي العدالة ذاتها، فيأتي دور الاستحسان فيقطع المسألة عن نظائرها، وأفرادها بحكم خاص لمقتضى شرعي، فالإخلال المذكور في عقد تنفيذ الاعمال لمشروعية التعويض وفق الشرط الجزائي ما هو إلا مظنة وقوع الضرر، غير أنه لما لم يقع ضرر فلا داعي للتعويض، وذلك عودة بالمسألة إلى أصل آخر وهو أصل العدالة، فالاستحسان يشهد ضد الالتزام الحرفي المنافي للعدالة، فصار رفع الحرج الثابت نصاً وأصلاً من أصول فقه المعاملات، وهو يسهم فيما يستجد في أعراف الناس من مسائل الحياة[1].

- **أثر الاستحسان في استنباط حكم الشرط الجزائي المقرر لتأخير الوفاء بالالتزامات التي يكون محلها مبلغاً من النقود**

بالإمكان إيجاز ذلك الأثر فيما يأتي:

(١) الشرط الجزائي المقترن بعقد بيع آجل أو عقد قرض، والذي يتضمن دفع مبلغ معين عن كل يوم تأخير، أو غير ذلك مما يتفق عليه، فالشرط باطل لا يجوز شرعاً باتفاق الفقهاء، ويعدُّ ربا النسيئة وهو محرم بالنصوص القطعية، كما قال قتادة: "أن ربا أهل الجاهلية: يبيعُ الرجل البيع إلى أجل مسمًّى، فإذا حل الأجل ولم يكن عند صاحبه قضاء، زاده وأخَّر عنه"[2]، ويؤكد حرمة الربا في هذا الشأن قول ابن القيم: "فَرِبَا النَّسِيئَةِ، وَهُوَ الَّذِي كَانُوا يَفْعَلُونَهُ فِي الجاهلية، مِثْلُ أَنْ يُؤَخِّرَ دَيْنَهُ وَيَزِيدَهُ فِي الْمَالِ، وَكُلَّمَا أَخَّرَهُ زَادَ فِي الْمَالِ، حَتَّى تَصِيرَ الْمِائَةُ عِنْدَهُ آلَافًا مُؤَلَّفَةً"[3]، هنا الاستحسان وغيره يتوقف لعدم مشروعية العقد ومخالفته الأدلة العامة والقواعد والقواعد الكلية، فلا يصح الاستثناء حينئذٍ، لأنها تُعدُّ من الحيل المحرمة إذا استعمل الاستحسان بسبب هدمها أصلاً شرعياً، وتناقض مصلحة معتبرة، وهي داخلة في النهي، بل هي في صنف الحيل التي اتفق فيها الناظرون على حرمتها، ولهذا لم تأخذ به بعض القوانين المدنية العربية، لأنه ربا محرم، ومن هذه القوانين (القانون المدني الكويتي، القانون المدني الأردني)[4].

(٢) اشتراط التعويض التأخيري بعد وقوع الضرر، فإن كان المدين معسراً بالاتفاق لا يجوز تعويض الدائن، بل لا محل للمطالبة بذات الدين، لأن المطالبة تتنافي مع قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾[5]، وإن كان المدين موسراً فالشرط الجزائي ينطوي على زيادة يلتزم المدين دفعها إذا تأخر في سداد دينه، وهذه الزيادة مشروطة في العقد، ولا يقابلها شيء من العوض، فهي عوض عن الأجل، في مبدأ غرامة مرتبة على تأخير سداد الدين في وقته، ومعلوم تحريمه من الدين بالضرورة، فلا يمكن الاستدلال بدليل الاستحسان أو غيره، لأن الحل والحرمة من الصفات الذاتية للأفعال، ولا تتغير هذه الصفة بتأثير الضرر الحاصل على الدائن، لانعدام الضرورة الحقيقية المنضبطة، فلا تتغير صفة الفعل بتأثير ضرر غير منضبط.

---

[1]) ينظر: الموافقات،١٩٨/٥.

[2]) جامع البيان في تأويل القرآن، أبو جعفر الطبري (المتوفى: ٣١٠هـ) - مؤسسة الرسالة الطبعة: الأولى، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠م، ٨/٦.

[3]) ينظر: اعلام الموقعين، ١٠٣/٢.

[4]) ينظر: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، د. محمد عثمان شبير وأخرون، ٨٦٢/٢.

[5]) سورة البقرة: من الآية ٢٨٠.

فإذا كان الشرط الجزائي نقوداً، ومحل الالتزام نقود أيضاً، ففي هذه الحالة إذا استحق الشرط الجزائي بسبب التأخير في تنفيذ العقد أو الالتزام فهو ربا النسيئة المحرم، فلا يمكن القول استناداً إلى الاستحسان بالنص للذين لا يجيزون، لأنه أخذ المال مقابل لا شيء، فلا يمكن أخذه.

بينما استند المجيزون إلى الاستحسان بالمصلحة، والتي تتمثل بحفظ المال أيضاً، ويمكن الاستدلال أيضاً إلى الاستحسان بالعرف، فقد شاع بين الناس بالتعامل به، ومن المعلوم أن نزع الناس عن عادتهم المألوفة أمر عسير، وربما يترتب عليه انكماش يسبب ضرراً في اقتصاد البلد.

والخلاصة، ففي هذه الحالة يختلف الفقه الإسلامي الذي يحرم الربا بكافة أشكاله وصورَه، عن الجانب القانوني الذي يجيز الربا بنسبة معينة بحسب ما رآه المشرِع الوضعي، وأطلق عليها مسمى في هذه الحالة فوائد التأخير.

(٣) الشرط الجزائي المقرر في تحديد مقدار التعويض بعد وقوع ضرر فعلي، ومن تسبب بالضرر كان ضامناً وفقاً لقواعد الضمان، وعلى أساسه يقوم بتعويض عن الضرر الذي نشأ بسبب عدم تنفيذ المدين ما التزم به بناء على العقد، وأن الضرر يدفع بقدر الإمكان، وقد أقر بعض الفقهاء الحيل الشرعية إذا أمكن استخلاص المسألة من طبيعة المحل[١]، وذلك عبر طريق النظر إلى مآلات التصرفات بيقين، لكن هذا الذي ذهب إليه المجيزون لا تبيحه الأصول الشرعية التي تقضي بأن أخذ المال لا يكون إلا تبرعاً، أو في مقابلة مال أخذ أو أتلف، وإلا كان أكلاً له بالباطل، لأن أصل التعويض في نظر فقهاء الشريعة هو مقابلة المال بالمال[٢]، ومن قال بجوازه استدلّ بضرورة الاستحسان والحاجة التي تنزل منزلة الضرورة، باستحسان الضرورة.

وبناء عليه فليس على المدين تعويض مقابل أجل يعطيه للوفاء أو جزاء تأخير الوفاء، وإن ترتب على ذلك ضرر بالدائن، فالتعويض لا يستحق نظير ما فاته من ربح وما أصابه من خسارة، وإنما معاقبة المدين بالحبس أو التعزير وفق ما يراه القضاء مناسباً، أما تعويض بسبب ضرر التأخير فبعيد عن معنى استحسان الضرورة، لأنه خارج عن مقتضى الأدلة، وغير ملائمة لعموم الأدلة وجنس تصرفات الشرع، وكافة النصوص الفقهية التي تمنع أخذ مال في مقابل الأجل سواء كان بضرر أو لا، وهذا من ربا النسيئة وهو ممنوع بالإجماع[٣]، فالاستحسان يتدخل فيعطي للفقيه مجالاً واسعاً لاختيار الأحسن، فيأخذ بالخفي الذي يحقق مقاصد الشريعة، وفق منهج دقيق يصاحب مجمل الأدلة، ولكنه هنا يصطدم مع النصوص الشرعية بروحها ومدلولاتها بظاهرها وباطنها، فالاستحسان هنا استحسان بالنص وبالمصلحة لدفع المفسدة، فلا يمكن القول بجواز الشرط الجزائي في سداد الديون بجميع أنواعها[٤].

---

[١]) ينظر: المبسوط، السرخسي، ٢١٠/٣٠، إغاثة اللهفان، ٣٣٩/١، اعلام الموقعين، ١٠٧/٣.

[٢]) ينظر: الضمان في الفقه الإسلامي، الشيخ علي الخفيف، ص ٢٠.

[٣]) ينظر: المصلحة الملغاة في الشرع الإسلامي وتطبيقاتها المعاصرة، د. نور الدين مختار الخادمي، مكتبة الرشد/ رياض السعودية، الطبعة الاولى/ ١٤٢٦ه، ٢٠٠٥م، ص ٩٣، مقاصد الشريعة الإسلامية، ابن عاشور، ص ٥٨.

[٤]) ينظر: حقيبة طالب العلم الاقتصادية، د. علي محيي الدين القره داغي، ١١٢/٨ وما بعدها.

المطلب الثاني

أثر الاستحسان في صكوك الإجارة

سنحاول فيما يأتي تسليط الضوء على مفهوم صكوك الإجارة وبيان خصائصها، ثم الانتقال إلى أنواعها وأحكامها، وحقيقتها المصرفية المعاصرة من خلال التطبيقات لصكوك الإجارة، لنصل إلى التعرف على تطبيقاتها وفق مجال القول بالاستحسان على مقتضى رفع الحرج أو المصلحة أو الحاجة أو العرف.

الفرع الأول: تعريف صكوك الإجارة وبيان خصائصها

صكوك الإجارة مصطلح مركب من كلمتين هما صكوك و الإجارة، نعرف بهما ثم نعرف بالمصطلح المركب، فسنتطرق أولا باعتباره مركباً إضافياً، ثم نعرفه باعتباره علماً ولقباً.

أولاً: تعريف صكوك الإجارة باعتباره إضافياً:

الصكوك لغةً: هي جمع صك، كلمة صك معرب يعنى به وثيقة بمال أو نحو ذلك، فلفظها في اللغة تدور معانيها ومشتقاتها على معنيين رئيسين هما:

الأول: بمعنى العنف والشدة: يُطلق في اللغة العربية صكّه صكاً أي دفعه بقوة، يقول ابن منظور: حول هذا المعنى: "الصَّكُّ: الضَّرْبُ الشَّدِيدُ بِالشَّيْءِ الْعَرِيضِ، وَقِيلَ: هُوَ الضَّرْبُ عَامَّةً بِأَيِّ شَيْءٍ كَانَ ... وَفِي حَدِيثِ ابْنِ الأكوع: فأَصُكّ سَهْمًا فِي رِجْلِه أَي أَضْرِبُهُ بِسَهْمٍ"[1]، وجاء في محكم التنزيل: ﴿ فَصَكَّتْ وَجْهَهَا ﴾[2]، أي لطمته تعجباً، ويقال صكّتْ الباب أي أغلقته.

الثاني: بمعنى الوثيقة: يقول ابن منظور في كلام نفيس: "هِيَ جَمْعُ صَكٍّ وَهُوَ الْكِتَابُ، وَذَلِكَ أَن الأمراء كَانُوا يَكْتُبُونَ لِلنَّاسِ بِأَرْزَاقِهِمْ وأَعْطياتهم كُتُبًا فَيَبِيعُونَ مَا فِيهَا قَبْلَ أَنْ يَقْبِضُوهَا مُعَجَّلًا، ويُعطُون الْمُشْتَرِيَ الصَّكَّ لِيَمْضِيَ وَيَقْبِضَهُ، فنُهوا عَنْ ذَلِكَ لأنه بَيْعُ مَا لَمْ يُقْبَض"[3]، فيقصد به أنه وثيقة بمال. ويطلق على الشيك الذي تصدّره المصارف أو نحو ذلك.

الصكوك اصطلاحاً: يطلق الصك عند الاقتصاديين على الوثيقة التي تتضمن إثباتاً لحق من الحقوق، أو الورقة التي تمثل حقاً من الحقوق، وتعتبر في ذاتها أصلاً من الأصول المالية[4].

الإجارة لغةً: تستعمل في العقد الذي يرد على المنافع بعوض، يقول ابن فارس: "الْهَمْزَةُ وَالْجِيمُ وَالرَّاءُ أصلانِ يُمْكِنُ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا بِالْمَعْنَى، فَالْأولُ الْكِرَاءُ عَلَى الْعَمَلِ، وَالثَّانِي جَبْرُ الْعَظْمِ الْكَسِيرِ. فَأَمَّا الْكِرَاءُ فَالْأَجْرُ وَالْأُجْرَةُ...وَالْمَفْعُولُ مَأْجُورٌ. وَالْأَجِيرُ: الْمُسْتَأْجَرُ. والإجارة مَا أَعْطَيْتَ مِنْ أَجْرٍ فِي عَمَلٍ"[5].

---

[1]) ينظر: لسان العرب، ٤٥٦/١٠.

[2]) سورة الذاريات: من الآية ٢٩.

[3]) ينظر: لسان العرب، ٤٥٧/١٠.

[4]) ينظر: صكوك الإجارة دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية، حامد بن حسن ميرة، دار الميمان للنشر، الطبعة الأولى/ ١٤٢٩ه، ٢٠٠٨م، ص ٤٦.

[5]) مقاييس اللغة، ١٠١/٦.

الإجارة اصطلاحاً: وفي اصطلاح الفقهاء لا تختلف الإجارة عن معناها القانوني كثيراً، وتنوعت عبارات العلماء في تعريفهم للإجارة، فالمبتغى من المتأمل تدور حول معانٍ متقاربة، وأوفاها في تبيين معنى الإجارة هو تعريف الإمام البهوتي إذ يقول إنها: "عقد على منفعة مباحة معلومة من عين معينة أو موصوفة في الذمة مدة معلومة، أو عمل معلوم بعوض معلوم"[١].

ثانياً: تعريف صكوك الإجارة باعتباره علماً ولقباً:

هنالك عدة عبارات يمكن أن نتلمس منها المقصود بصكوك الإجارة منها ما ورد في قرار المجمع الفقهي: "إصدار أوراق مالية قابلة للتداول، مبنية على مشروع استثماري يدرُّ دخلاً"[٢]، تقوم فكرة صكوك الإجارة على مبدأ التصكيك أو التسنيد أو التوريق، الذي يقصد به اصدار أوراق مالية قابلة للتداول، فالغرض من صكوك الاجارة تحويل الأعيان والمنافع التي يتعلق بها عقد الإجارة إلى أوراق مالية، يمكن أن تجري عليها عمليات التبادل والتداولِ في سوق ثانوية، وعلى ذلك يمكن تعريفها أنها: وثائق ذات قيمة متساوية، تمثل حصصاً شائعةً في ملكية أعيان (خدمات معينة) أو منافع مؤجرة أو موصوفة في الذمة[٣].

فصكُّ الإجارة لا يمثل مبلغاً معيناً من النقود، ولا هو دين على جهة معينة، وإنما هو سندٌ أو ورقة مالية تمثل جزءاً شائعاً من ألف جزء، مثلاً من عمارة سكنية أو طائرة أو مجموعة من الأعيان التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء أعيانها، وتصلح محلاً لعقد الإجارة شرعاً، إذا كانت مؤجرة تدرُّ عائداً محدداً بعقد الإجارة، وسيأتي مزيد بيان وإيضاح للمقصود بالصكوك عند الحديث عن أنواعها وما يدور في هذا المعنى.

خصائص صكوك الإجارة

لقد ذكر بعض الاقتصاديين أن لصكوك الإجارة مزايا وخصائص جمّة، يمكن أن تجعلها أساساً مهماً في السوق التمويلية، وأهم هذه الخصائص:

١) مرونة صكوك الإجارة: إذ لا يخفى أن هذه الصكوك تتمتع بمرونة كبيرة، سواء من حيث المشروعات التي يمكن تمويلها بها أو الجهات المستفيدة الوساطة المالية المتضمنة فيها، ومن أهم الجوانب التي تتجلى فيها مرونة صكوك الإجارة ما يأتي:

أ- مرونتها من جهة مصدرها، والوساطة المالية التي تتضمنها: فإن من طبيعة هذه الصكوك إمكان إصدارها مباشرةً من قبل المستفيد من التمويل أو بواسطة شركات تؤسس خصيصاً لأعمال بالإجارة، أو عبر وسيط مالي نحو البنوك الإسلامية، كما يمكن لدور الوسيط المالي أن يزداد أو ينقص حسب المصلحة التي

---

[١]) ينظر: الروض المربع شرح زاد المستقنع، البهوتي ص ٤٠٩.

[٢]) قرارات والتوصيات الصادر في الدورة الخامسة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقدة بسلطنة عمان، سنة ١٤١٠ هـ - قرار رقم ١٣٧ (١٥/٣) بشأن صكوك الإجارة.

[٣]) ينظر: المالية والمصرفية المعاصرة، د. نزيه حمّاد، ص ٣١٨.

يقدرها الطرفان، بحسب رغبات ومصالح المتعاملين أو تعليمات السلطات الرقابية[1].

ب- مرونتها من جهة تعدد صورها: المرونة الكبيرة في إمكانية إضافة الشروط والقيود يعطي مجالاً رحباً لتلبية حاجات ورغبات كلٍّ من الراغبين في التمويل والمستثمرين في تعدد صور صكوك الإجارة، حيث يفتح أمامهم أفقاً واسعاً من البدائل والامكانيات[2].

٢) خضوع صكوك الإجارة لعوامل السوق: إن هذه الصكوك تمثل ملكية أعيان، والأعيان تخضع في تقويم أثمانها لعوامل السوق، وتتأثر قيمتها السوقية بعوامل العَرْض والطلب فيه، وهو ما يجعل تقويم أثمانها يختلف من آن لآخر، إذ إن صكوك الإجارة تزيد قيمتها بارتفاع ثمن ما تمثله من منافع أو أعيان، وتنخفض بانخفاضها.

٣) استقرار السعر وثبات العائد: أن معظم هذه الصكوك تتمتع بدرجة عالية من الاستقرار في السعر، والثبات في العائد، كما أنها ترتبط مباشرة بالأعيان والمنافع بدورة الانتاج والتوزيع للسلع الاقتصادية، بالإضافة إلى أن في بعض أنواعها من المرونة ما يجعله مصدراً لتمويل الاحتياجات النقدية الآنية، وبذلك تكون صالحةً لتمويل رأس المال العامل في المشروعات التي تُصدرها[3].

الخلاصة: مما ذكرنا من خصائص صكوك الإجارة تتميز بكونها أداة تمويلية، تقع في موضع متوسط بين الأسهم، وبين ما تتضمنه من مخاطر السندات _ وسوف نتحدث عنهما في دليل الاستصلاح _ وما تختص به من مرونة وضمان في منأى من التعامل الربوي.

الفرع الثاني: أنواع صكوك الإجارة وأحكامها

تنقسم صكوك الإجارة من حيث المبدأ إلى قسمين رئيسين، ويمكن أن تتفرع إلى أنواع أخرى من الصكوك:

أما أحدهما: ملكية الموجودات المؤجرة (صكوك الأعيان). وهي على ثلاثة أنواع:

١. صكوك ملكية الأعيان المحددة في الإجارة التقليدية:

صكّ الإجارة هاهنا عبارة عن وثيقة تمثل بصورة ميسرة وجود عقار مثلاً مملوك لشخص، وفي هذه الحالة يكون المصدر لتلك الصكوك بائع عين مؤجرة أو عين موعود باستئجارها، والمكتتبون فيها هم المشترون لها، وحصيلة الاكتتاب هي ثمن الشراء، فينشأ عنها التزامات كضمان ما قد يطرأ على هذه العين، ونفقات صيانتها، ونحو ذلك من مسؤوليات مالك العين والتزاماته[4]. وتفصيل ذلك بما يأتي:

---

[1]) سندات الإجارة والاعيان المؤجرة، د. منذر قحف، طبعة المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب/جدة سنة ١٤١٥هـ، ص ٣٩ وما بعدها.

[2]) ينظر: صكوك الإجارة دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية، حامد بن حسن ميرة، ص ٣٠٩.

[3]) ينظر: المالية والمصرفية المعاصرة، د. نزيه حمّاد، ص ٣١٩.

[4]) ينظر: المالية والمصرفية المعاصرة، د. نزيه حمّاد، ص ٣٢٢- ٣٢٣.

- من خصائص الأوراق المالية عدم قابليتها للتجزئة في مواجهة مصدّرها، فإن الشخص إذا اراد أن يبيع ما يملك لمجموعة من الناس من خلال الصكوك، فيقدر ثمنه من خلال أهل الخبرة، فيجعلها صكوكاً متساوية القيمة، وبعدها يطرح المالك ذلك للاكتتاب، وحينئذٍ يكون المصدّر بائعاً، والمكتتبون مشترين لهذا العقار مثلاً، وبعد الشراء يمثل كل واحد من المشترين حصة شائعة في العين المملوكة، تطبق عليهم أحكام شركة الملك، فيجوز شرعاً بيعه لأنه يمثل ملكية العين كالبيع.
- إطلاق مصطلح صكوك الإجارة على هذا النوع إنما تمّ من باب التجوّز والتغليب، وذلك باعتباره يمثل في حقيقته صك ملكية لا صك إجارة، إلا انه قد سُمي صك إجارة باعتبار هذه الاعيان المملوكة على الشيوع إنما هي أعيان مؤجرة أو موعود باستئجارها، فإذا بقيت العين بيد مصدرها فقد أصبح وكيلاً عن المكتتبين في إدارة المشروع مقابل أجرة أو أي اتفاق بين الطرفين[1].
- قيمة الإيجارات المحصلة هي عوائد المكتتبين، فلهم غنم المشروع وعليهم غرمه، فإذا استمروا حصلوا على عوائده، ولكن الغالب في الصكوك أنها مقيدة بزمن محدد، ثم يصفي المشروع بالكامل بالبيع، فيحصل حملة الصكوك على حصصهم من موجودات المشروع حسب نسبة المشاركة، ويمكن تداول هذه الصكوك ببيعها وهبتها وشرائها وإثبات الحقوق كالإرث، لأنها تمثل موجودات عينية متمثلة في العقار أو نحو ذلك[2].

وهي تقوم في صورتها المبسطة على وجود مؤجر لطرف آخر بأجرة محددة إلى اجل معلوم، تُستوفي بصورة دورية، بحسب ما اتفقا عليه في نهاية كل شهر مثلاً كما هو المعتاد، فصكُّ الإجارة هاهنا عبارة عن وثيقة يمثل ملكية العين المؤجرة، ومن الممكن أن يصدر عن ادارة حكومية معينة أو مالك العقار نفسه، لغرض تأجير تلك العين أو إعادة تأجيرها واستيفاء أجرتها من حصيلة الاكتتاب فيها، وتصبح العين مملوكة لحملة الصكوك[3].

وكما يمكن إصدار الصّك لعقار مؤجر، فإنه يجوز إصداره لأية عين مؤجرة أخرى تتوافر فيها الشروط الشرعية للأعيان المؤجرة كطائرة وباخرة وشبكة أسلاك كهربائية، أو غير ذلك طالما أن الصكّ يمثلُ ملكيةَ أعيان حقيقيةٍ مؤجرةٍ، تدرُّ عائداً، وعلى ذلك يمكن بيع صكّ الإجارة إلى شخص واحد أو تقسيمه إلى حصص متماثلة وإصداره في صكوك ذات قيمة متساوية يمثل حصة شائعةً محددةً من العين، ثم اعطاء حق اصحاب الصكوك متفرقة بحيث يستحق مالك كلِّ صكّ حصتَه من الأجرة[4].

حكمها: جواز بيع المالك للعين المؤجرة من غير المستأجر بما لا يمنع أو يؤثر على حقه في استيفاء المستأجر لمنفعة العين، شريطة استكمال جميع الشروط الشرعية للبيع بين مصدر الصكوك والمكتتب فيها كالعلم بالمبيع، والعلم بالأجرة وغيرهما من مقومات العقد.

---

[1]) ينظر: صكوك الإجارة دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية، حامد بن حسن ميرة، ص ٣١٦.
[2]) ينظر: المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية، رقم المعيار(١٧)، ص ٣١٠-٣١٢.
[3]) ينظر: المالية والمصرفية المعاصرة، د. نزيه حمّاد، ص ٣٢٢.
[4]) ينظر: صكوك الإجارة دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية، حامد بن حسن ميرة، ص ٣٠٩.

٢. صكوك ملكية الأعيان المحددة في الإجارة المنتهية بالتمليك:

وهي وثائق متساوية القيمة يصدرها مالك منفعة عين موجودة أو وسيط مالي ينوب عنه، لغرض تأجير تلك العين أو إعادة تأجيرها واستيفاء أجرتها من حصيلة الاكتتاب فيها، وتصبح منفعة العين مملوكة لحملة الصكوك.

فهي عبارة عن معاملة مركبة من عدة عقود والتزامات متتابعة مترابطة، تهدف إلى تحقيق غرض تمويلي، تبدأُ بتأجير العين وتنتهي بتمليكها للمستأجر في نهاية مدة الإجارة، إما تلقاء ما دُفع من أجرة خلال مدتها، أو بعقد هبة مستقل تالٍ لعقد الإجارة، أو مضاف إلى نهاية عقد الإجارة أو غير ذلك، بالتعاقد مع المكتتبين في الصكوك بإدارته لهذه الأعيان التي ستنتقل ملكيتها إليهم بالاكتتاب، والقيام بصيانتها وفق ضوابط، والاشراف على تحصيل اجرتها من المستأجر ونحو ذلك، ثم يقوم بتوزيع الباقي على حملة الصكوك[١].

وعلى ذلك ينبغي أن تكون الإجارة فعلية وليست سائرةً للبيع، وإذا اشتمل العقد على تأمين العين المؤجرة فيجب أن يكون تعاونياً خالياً من الامور المحظورة، ويتحمله المالك وليس المستأجر، فنظراً لكونها لا تُحلُّ حراماً، ولا تُبطلُ حقاً، ولا تُسقط واجباً، ولا تتضمن جوراً أو أكلاً لمال الغير بالباطل، إذ أن فيها ابعاداً معتبرةً شرعاً، وهي صيانة حقوق وأبدال كلّ من العاقدين في عقود المعاوضات المالية عن الضياع، تحقيقاً للعدل بين الطرفين في الالتزامات التي تترتب على معاقداتهم[٢]، وعلى ذلك اعتُبرت من قبيل الحِيل المحمودة، والمخارج المستحسنة التي رُخِّص فيها، ولذلك يقول الإمام ابن رشد: "وَمَعْنَى الِاسْتِحْسَانِ فِي أكثر الْأَحْوَالِ هُوَ الِالْتِفَاتُ إلى الْمَصْلَحَةِ، وَالْعَدْلِ[٣]" وفي ذلك يقول أيضاً الإمام ابن القيم: "الحيل نوعان: نوع يتوصل به إلى فعل ما أمر الله تعالى به، وترك ما نهى عنه والتخلص من الحرام، وتخليص الحق من الظالم المانع له، وتخليص المظلوم من يد الظالم الباغى، فهذا النوع محمود يثاب فاعله ومعلمه، ونوع يتضمن إسقاط الواجبات، وتحليل المحرمات، وقلب المظلوم ظالماً، والظالم مظلوماً، والحق باطلاً والباطل حقاً، فهذا النوع الذى اتفق السلف على ذمه[٤]".

حكمها: وبناءً على ما تقدم، فإن حكم إصدار صكوك ملكية الاعيان المحددة في الإجارة المنتهية بالتمليك وتداولها هي نفس أحكام إجارة الأعيان العادية التقليدية، أمر جائزٌ في النظر الفقهي بناءً على ما عرضناه وبيناه في جواز ومشروعية النوع الأول، الذي سبق آنفاً، وما يتعلق بالعين المؤجرة من قبل المالك واستيفاء اجرتها من المستأجر فيعد وكالة باجر[٥].

---

[١]) ينظر: المالية والمصرفية المعاصرة، د. نزيه حمّاد، ص ٣٢٤.
[٢]) ينظر: المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية، رقم المعيار(١٧)، ص ٣١٣.
[٣])بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ٢٠١/٣.
[٤]) ينظر: إغاثة اللهفان، ٣٣٩/١.
[٥]) ينظر: صكوك الإجارة دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية، حامد بن حسن ميرة، ص ٣٢٠.

٣. صكوك ملكية الاعيان في إجارة الذمة:

وهي وثائق متساوية القيمة يتم إصدارها لغرض تأجير أعيان موصوفة في الذمة واستيفاء الأجرة من حصيلة الاكتتاب فيها، وتصبح منفعة العين الموصوفة في الذمة مملوكة لحملة الصكوك.

فتكون المنفعة المعقود عليها متعلقةً بنفس العين المستأجرة، كما إذا أستأجر شخص داراً أو سيارةً معينةً بذاتها وهذه في إجارة الأعيان، وأما إجارة الذمة فتكون المنفعة المعقود عليها ديناً متعلقاً بذمة المؤجر، كما إذا استأجر سيارة ذات أوصاف محددة للركوب أو الحمل، نظراً لتعلق المنفعة المعقود عليها بذمة المؤجر لا بعين محددةٍ بذاتها[١].

آراء الفقهاء في حكم إجارة الذمة

قسم الفقهاء الإجارة باعتبار محلِّ تعلق المنفعة المعقود عليها على قسمين، إجارة أعيان، وإجارة ذمة، فأما إجارة الأعيان فتكون المنفعةُ المعقودُ عليها متعلقةً بنفس العين المستأجرة، ولا يشترط فيه قبض الأجرة في المجلس لصحة العقد أو لزومه، وذلك لأن إجارة العين كبيعها، إذ الإجارة بيعٌ للمنفعة في مقابل عوض معلوم، وبيع العين يصحُّ بثمن حال ومؤجل، فكذلك الإجارة. وليس هذا موضوعنا الأن، فقد تطرقنا إليه.

وأما إجارة الذمة، أن لا يكون العقار المؤجر موجوداً عند التعاقد، فتكون المنفعةُ المعقودُ عليها ديناً متعلقاً بذمة المؤجِر عند طرحه المشروع للاكتتاب عن طريق صكوك الاستثمار، وقد سميتْ إجارة العين نظراً لتعلق المنفعة المعقود عليها بذمة مصدِّر الصكوك وهو المؤجِر، لا بعين محددةٍ بذاتها.

والأصل في الإجارة ان تكون منجزةً، فالإجارة الثابتة في الذمة هي الواردة على منفعة موصوفة مع التزامها في الذمة، وقد أختلف الفقهاء في مشروعيتها، فذهب أغلب الفقهاء وهم الجمهور إلى جوازها في الجملة خلافاً للحنفية الذين ذهبوا إلى انها غير جائزة أصلاً، لأن من شروط صحة عقد الإجارة عندهم كون المؤجَر معيناً، وبناءً على ذلك يلزم تعيين المأجور[٢].

غير أن القائلين بجوازها اختلفوا في اشتراط تسليم الأجرة في مجلس العقد لصحتها، على ثلاثة مذاهب:

<u>المذهب الأول:</u> ذهب الشافعية إلى اشتراط قبض المؤجر الأجرة في مجلس العقد، لأنها بمثابة السَّلم، فإن تفرقا قبل القبض بطلت الإجارة، سواء عُقدت بلفظ الإجارة أو السلم أو غير ذلك[٣]،

---

[١]) ينظر: صكوك الإجارة دراسة فقهية تأصلية تطبيقية، حامد بن حسن ميرة، ص ٣٢٦.
[٢]) ينظر: بدائع الصنائع، ١٩٥/٤.
[٣]) نهاية المطلب في دراية المذهب، الجويني، ٧٣/٨.

المذهب الثاني: وذهب الحنابلة إلى مثل قول الشافعية بشرط إذا جرتْ بلفظ السلم، لأنها بذلك تكون سلماً في المنافع، أما إذا لم تجرِ إجارة الذمة بلفظ السَّلم فلا يشترط فيها تعجيل الأجرة، لأنها لا تكون سَلَماً في هذه الحالة، فلا يلزم فيها شرطُه.

المذهب الثالث: وذهب المالكية لصحة إجارة الذمة تعجيل الأجرة لاستلزام التأخير بيع الكالئ بالكالئ وهو منهيٌّ عنه، إلا انهم قالوا بجواز تأخير الأجرة بشرط شروعه باستيفاء المنفعة، كما لو ركب المستأجر السيارة الموصوفة في طريقه إلى المكان المشترط ان تحمله إليه، فيجوز عندئذٍ تأخير الأجرة[1].

فحكم تصكيك ملكية الاعيان التي تتضمن المنفعة الموصوفة في ذمة المؤجر، تتمُّ من خلال طرح المالك مشروع شراء عقار للتأجير غير موجود في الواقع، موزعة على شكل صكوك متساوية القيمة، موضحة أهداف المشروع بأن الغرض منه هو التأجير، فتصدر نشرة الإصدار تفاصيله وتكون بمثابة إيجاب، ثم يكون القبول من خلال اقدام المكتتب على تملك الصك وفقاً لقيمته أو نصيب مشاركته، وليس ثمناً لشراء شيء، فهو على سبيل المجاز والعرف السائد وليس على سبيل الحقيقة.

حكمها: الذي يظهر للباحث أن مصدّر هذه الصكوك بائع عين موصوفة في الذمة، فيحتاج إلى تبين وتفصيل منفعة الصكوك وصفاً دقيقاً، ومدة الانتفاع وشروط الانتفاع، وبالتالي يقوم المصدّر بشراء ما تم العقد عليه بعد تجمع قيمة الصكوك، ففي هذه الحالة جواز هذا النوع شريطة استكمال جميع شروط إجارة الموصوف في الذمة، وابتعاداً عن الجهالة الفاحشة التي تمنع صحةَ العقد في عقود المعاوضات المالية، وأساس ذلك كما قال الإمام السرخسي: "الْجَهَالَةُ تَمْنَعُ صِحَّةَ التَّسْمِيَةِ كَمَا فِي سَائِرِ الْإِيجَارَاتِ؛ لأنها تُفْضِيَ إلى الْمُنَازَعَةِ فَكَذَلِكَ هُنَا" وقال أيضاً "وَالْجَهَالَةُ تَمْنَعُ صِحَّةَ التَّمْلِيكِ[2]"، وأما اذا لم يدرِ العاقد على أي شيء يدخل، نظراً لجهالة العين التي يمكن للمؤجِر وهو مصدّر الصكوك أن يقدمها للمستأجر وهو المكتتب، فأقولُ بعدم جوازها، لأن التراضي هو مناط الصحة في العقود وليس بمتحقق مع الجهالة، ويبيّن الإمام ابن القيم ذلك بوضوح تام بقوله: "وَالْبَيْعُ يُعْتَبَرُ فِيهِ الرِّضَا، وَالرِّضَا يَتْبَعُ الْعِلْمَ[3]".

الثاني: ملكية الخدمات المؤجرة (صكوك المنافع). وهي نوعان:

١. صكوك ملكية منافع الأعيان المحددة في الإجارة التقليدية:

وهي وثائق متساوية القيمة يتم إصدارها لغرض تقديم الخدمة من مصدر معين، كمنفعة التعليم من أي جامعة واستيفاء الأجرة من حصيلة الاكتتاب فيها، وتصبح تلك الخدمات مملوكة لحملة الصكوك للفترة الزمنية المحددة.

---

[1] ينظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ١٣/٤، المغني، ٢٣٤/٤ وما بعدها.

[2] المبسوط للسرخسي، ١٣٣/١١ و ١١٩/١٥.

[3] الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ابن قيم الجوزية، مكتبة دار البيان، بدمشق سنة ١٤١٠ه، ص ٢٢١.

وتداول هذه الصكوك يبدأ مباشرة بعد الاكتتاب، لأن الصك حينئذٍ يمثل منفعة وليس نقداً محضاً، فإن مقتضى عقد إجارة منافع الاعيان المحددة انتقال ملكيتها من المؤجر إلى المستأجر[١].

والذي يبدو لي بعد التأمل أنها عقد إجارة، فالعلاقة بين المكتتبين والمصدّر هو علاقة قائمة على بيع المنفعة وشرائها، وتداول هذه الصكوك يبدأ مباشرة بعد الاكتتاب، لأن الصك حينئذٍ يمثل منفعة، وليس نقداً محضاً، وعليه فإن حملة الصكوك يملكون الخدمة المبنية في الصك بتفصيلاتها والشروط المقيدة في العقد[٢].

لذلك أن مالك العين بائع حق المنفعة، فوقوع الإيجاب من جانبه عبر نشرة الإصدار، وإن المكتتبين هم المشترون للمنفعة من خلال الموافقة ودفع قيمة الصك، وهذا النوع مبني بكونه عقد إجارة وفق بيع منفعة، **فحكمها:** يوضح جوازها شريطة أن تتوفر في هذا العقد جميع شروط عقد الإجارة الواردة على الخدمات[٣].

٢. صكوك ملكية المنافع الموصوفة في إجارة الذمة:

وهي وثائق متساوية القيمة يتم إصدارها لغرض تقديم الخدمة من مصدر موصوف، كمنفعة التعليم من جامعة يتم تحديد مواصفاتها دون تسميتها، واستيفاء الأجرة من حصيلة الاكتتاب فيها، وتصبح تلك الخدمات مملوكة لحملة الصكوك[٤].

ويمكن تصوير هذا النوع بأن تقوم جهة بطرح صكوك تمثل ملكية الانتفاع بأعيان موصوفة في الذمة، وتبين في هذه الصكوك تفاصيل المنفعة، والعين محل الانتفاع وصفاً دقيقاً، ومدة الانتفاع بداية ونهاية وشروط هذا الانتفاع[٥].

كأن تقوم شركة من شركات التمويل والتطوير العقاري بالتخطيط لإنشاء وحدات سكنية موصوفة وصفاً دقيقاً، ثم تقوم بتمثيل ملكية الانتفاع، من خلال الوحدات السكنية الموصوفة وصفاً دقيقاً في صكوك متساوية القيمة وتطرحها للاكتتاب العام، وتبين فيها مدة الانتفاع وتاريخ ابتدائه وانتهائه ونحو ذلك من التفصيلات المهمة[٦].

هذا النوع من الصكوك يقوم البنك بتصدير صكوكاً خاصة[٧] بمنافع العين الموصوفة بالذمة وصفاً دقيقاً منضبطاً إلى صكوك متساوية القيمة، بأن يبيع منفعة عقار موصوف في الذمة سيبنى، وتكون مستحقة الاستيفاء في مواعيد مستقبلية محددة، ثم تقوم بطرح هذه الصكوك للاكتتاب العام[٨].

---

[١]) ينظر: المالية والمصرفية المعاصرة، د. نزيه حمّاد، ص ٣٣٤.
[٢]) ينظر: المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية، رقم المعيار(١٧)، ص ٣١٤.
[٣]) ينظر: صكوك الإجارة دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية، حامد بن حسن ميرة، ص ٣٣٨.
[٤]) ينظر: صكوك الإجارة دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية، حامد بن حسن ميرة، ص ٣٣٠.
[٥]) ينظر: المالية والمصرفية المعاصرة، د. نزيه حمّاد، ص ٣٣٥.
[٦]) ينظر: صكوك الإجارة دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية، حامد بن حسن ميرة، ص ٣٣٠.
[٧]) كإنتاج الحديد أو الاسمنت، أو شراء عقار في الذمة، أو بناؤه من خلال فترة زمنية محددة، أو نحو ذلك.
[٨]) ينظر: المالية والمصرفية المعاصرة، د. نزيه حمّاد، ص ٣٣٤.

لقد سبق أن بينّا أنّ جمهور الفقهاء أجازوا عقد إجارة الذمة، الذي يقتضي تملّك المستأجر المنافع المعقود عليها، الموصوفة في ذمة المؤجِر، والمبينة في عقد إجارتها، فالعملية أنها تدخل في الإجارة الموصوفة في الذمة الثابت استحساناً، فالمصدر إذن مؤجر، والمكتتبون مستأجرون، وبالتالي يطبق عليها أحكام الإجارة الموصوفة في الذمة من حيث أن العين المؤجرة فيها غير محددة ومعينة.

وتجدر الإشارة إلى أمر مهم، إذ لا فرق في النظر الفقهي بين كون المنفعة التي تَرِدُ عليها الملكية بعقد الإجارة متعلقةً بعين محددة بذاتها، وبين كونها متعلقةً بذمة المؤجِر، طالما أنهَا محددةٌ بالوصف، مبينة على نحو تتحقق معها المعلومية المشترطة لصحة بيعها وتداولها[1].

حكمها: وعليه فإن حملة الصكوك يملكون منافع الأعيان الموصوفة في الذمة حسب الشروط والتفصيلات الواردة في الصكِّ، بناءً على ما سبق ترجيحه من جواز إجارة الموصوف في الذمة بصكوك ملكية الاعيان في إجارة الذمة، فإنه يظهر للباحث جواز هذا النوع شريطة استكمال جميع الضوابط الشرعية وشروط إجارة الموصوف في الذمة التي سبق بيانها.

بقي مراعاة تأخير الأجرة، فيجوز عند الحنفية والحنابلة، بل الأصل عند السادة الحنفية هو التأخير في الإجارة مطلقاً إلى انتهاء العقد، لأن ثبوت الحقين (الأجرة والمنفعة) للعاقدين يثبتان في وقت واحد، وعندما قلنا بقياس صكوك الإجارة على عقد السَّلم أردناه وفق دليل خاص يقتضي ذلك. وهذا الاتجاه يهدف إلى مراعاة المصلحة أو دفع المفسدة، وأساس قوته التيسير ورفع الحرج. وبناء على ذلك فلا تطبق قواعد السلم الذي هو عقد مستقل على الإجارة في المنافع وإن كانت موصوفة، كما هو الحال في الاستصناع، مع أنه عقد وارد على عمل وعين موصوفين في الذمة، فلا يشترط تعجيل الثمن، مع أن الاستصناع أقرب من السلم، بل هو داخل في السلم عند جمهور الفقهاء، ومع ذلك لم تطبق عليه قواعد السلم، فنصل إلى القول بجواز تأخير الأجرة المتعلقة بتصكيك المنافع المعقود عليها في إجارة الذمة.

الفرع الثالث: تداول صكوك الإجارة واستردادها

إن صكوك الإجارة بصورها المختلفة إنما تعتبر صياغة معاصرة لعقد من عقود البيع المقرر في مدونات أهل العلم، وعليه فإنها تصدر على اساس من العقود التي يجب أن تتوفر فيها أركانه وشروطه وتنتفي موانعه، وعليه فإن العقد أركانه إجمالاً ثلاثة، وإليك بيان ذلك.

- **عقد إصدار صكوك الإجارة:**

أولا: الصيغة:

من المقرر أن الصيغة تنعقد بكل ما يدل عليها شرعاً وعرفاً بإيجاب وقبول صادرين عن طرفي العقد، يكون عبر ما يسمى بنشرة الإصدار والتي تتضمن جميع أركان العقد وشروطه، الذي تصدر الصكوك على أساسه، إلا أنه يجب أن تدل صياغة نشرة الإصدار على كونها إيجاباً،

---

[1]) ينظر: صكوك الإجارة دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية، حامد بن حسن ميرة، ص ٣٣٨.

فهي من الامور الادارية التي يجوز تنظيمها باتفاق الاطراف أو العرف السائد أو النظام القائم، وليس هذا من الشروط المخالفة لمقتضى الشركة ولا لنصوص الشرع[١].

وأما القبول فإنه يتمثل في الاكتتاب في الصكوك المصدرة، والمكتتبون فيها هم المشترون لها، ويُعد المكتتب قابلاً للعقد الذي تحدده نشرة الإصدار بنفس الشروط الواردة فيها، وحصيلة الاكتتاب هي ثمن الشراء، وعلى ضوء ذلك يملك حملة الصكوك تلك الموجودات على وجه الشيوع بغنمها وغرمها، وذلك على اساس المشاركة فيما بينهم.

وأما إن كانت صياغة نشرة الإصدار إنما هي بمثابة العرض والتعريف بالإصدار، وشروطه من غير التزام من المصدر بقبول الاكتتاب، تنقلب عملية الإيجاب والقبول، فيكون الاكتتاب في الصكوك هو بمثابة الإيجاب، وتكون موافقة الجهة المصدرة على تخصيص الصكوك للمشترين بمثابة القبول، ولا يوجد محظور أن يكون الموجب واحداً والقابل عدداً كبيراً، والعكس كذلك[٢].

ثانياً: العاقدان:

هما طرفا العقد في صكوك الإجارة الذي يترتب عليه آثار والتزامات يجب أن يلتزم بها كل من مصدر الصكوك سواء أكان مصدرها أصالة أم وكالة، والمكتتبون هم الطرف الآخر، نذكر أهمها:

١) الواجب الاساسي على المؤجر التزامه بتسليم العين سالمة من العيوب التي تؤثر في كيفية الانتفاع المقصود من الاستئجار، وتمكين المستأجر منها، لأن ذلك من مقتضيات العقد، وأن يلتزم المستأجر باستعمال العين حسب الشروط المتفق عليها بين الطرفين أو وفق العرف المتبع في استعمال تلك العين المؤجرة.
٢) يلتزم المؤجر بعدم وجود عيب يؤدي إلى نقص في الانتفاع بالعين المؤجرة المتفق عليه بين الطرفين، فإن وجد العيب فحينئذ يكون المستأجر بين خيارين إما فسخ العقد أو الالتزام بكامل الاجرة، كما ويلتزم المستأجر العناية بالعين المؤجرة حسب العرف، وإصلاحها بسبب استعماله.
٣) ضمان الاستحقاق في حالة إجارة العين المعيبة أو في حالة غصب العين، فينفسخ العقد ويضمن رد الأجرة إلى المستأجر، ولا خلاف بين الطرفين أن العين المؤجرة أمانة في يد المستأجر لا يضمن الا عند التعدي أو التقصير ومخالفة الشروط، ورد العين أو اخلاء الطرف أو رفع يد المستأجر عنها، ليستردها المؤجر في المدة المقررة[٣].

ويجدر التنبيه إلى أن العلاقة بين طرفي العقد إنما تتحدد معالمها وتفصيلاتها بناءً على نوع العقد الذي بني عليه النوع من أنواع الصكوك، وهو ما سبق بيانه، فمنه ما بني على اساس عقد بيع، ومنه ما بني على انه عقد إجارة من مالك العين، ومنه ما بني على انه إجارة موصوف في

---

[١]) ينظر: أثر الديون ونقود الشركة أو المحفظة على تداول الاسهم والصكوك والوحدات الاستثمارية، ص ٥١.
[٢]) ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، ٨٨/١٣.
[٣]) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق أحمد السنهوري، (٢٥٧/١/٦).

الذمة، ولكل عقد من هذه العقود شروطه ومقتضياته وآثاره المقررة، ودور الاستحسان بالعرف في تحديد التزامات المؤجر والمستأجر دور كبير، فقد رأينا الفقهاء يُولُون هذا النوع من العقود عناية كبيرة، ويصححون أتباع العرف والعادة فيما يلزم الطرفين بين المؤجر والمستأجر، ثم تطرق الإمام السرخسي إلى عقد الإجارة ووصل بنهاية الأمر بقوله: "وَلِأَنَّ الْمَرْجِعَ فِي هَذَا إلى الْعُرْفِ[1]" وقال الإمام ابن قدامه: "يَلْزَمُ الْمُكْرِيَ كُلُّ مَا جَرَتْ الْعَادَةُ أَنْ يُوطَأَ بِهِ الْمَرْكُوبُ لِلرَّاكِبِ[2]"، فعلى ضوء ذلك يمكن الاعتماد على استحسان العرف، والذي يمثل استثناؤه صورة من صور الاستحسان[3].

ثالثاً: المعقود عليه:

والمعقود عليه في صكوك الإجارة هو عوضا الصكوك، والذي يشمل:

- قيمة الصك: وهو ما يدفعه المكتتب في الصك لمصدّره، والذي يختلف تفصيله من نوع لأخر على ما سبق بيانه، بكونه ثمن مبيع أو أجرة.
- ما يمثله الصك: وهو أيضاً يختلف تفصيله باختلاف أنواعه من حيث المبدأ، فقد يكون حصة مشاعة في عينٍ معينة، وقد يكون منفعة عين معينة أو موصوفة في الذمة، وقد يكون منفعة عمل أو خدمة[4].

❖ **شروط عقد إصدار صكوك الإجارة:**

أن يستوفي شروط الإيجاب الذي يترتب على تمام قبوله من الطرف الآخر، صدور صكوك الإجارة على مقتضاه وأساسه، وهو ما تترتب عليه الآثار الشرعية للعقد، وعليه فإنه من الجدية أن يراعى في شروط عقد إصدار صكوك الإجارة[5] ما يأتي:

١. أن يكون العقد الذي بني عليه نوع من أنواع صكوك الإجارة مستوفياً لأركانه وشروطه، وألا ينافي مقتضاه، أو يخالف أحكامه.
٢. أن تكون المعلومات موضحة في عقد الإصدار، كما أشرنا إليه سابقاً. ويتضمن أيضاً المعلومات الكافية شرعاً عن العاقدين، والمشاركين في الإصدار، كممثل الإصدار، ووسيط الإصدار ومتعهد الدفع وأمين الاستثمار[6].

---

[1]) المبسوط للسرخسي، ١٥٧/١٥.
[2]) المغني، ٣٨١/٥.
[3]) ينظر: الاستحسان، الدكتور يعقوب عبد الوهاب الباحسين، ص ١٨٠ وما بعدها.
[4]) ينظر: صكوك الإجارة دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية، حامد بن حسن ميرة، ص ٣٤٩.
[5]) ينظر: صكوك الاستثمار، د. حسين حامد حسان، بحث مقدم لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية بالبحرين، ص ٣٥.
[6]) المقصود بممثل الإصدار هو من يتولى عملية الإصدار، ويقوم باتخاذ جميع إجراءاته نيابة عن المصدّر، ووسيط الإصدار هو المدير الذي ينوب عن حملة الصكوك في تنفيذ الإصدار مقابل أجر، ومتعهد الدفع هو العامل الذي يتعهد بتحصيل حقوق المشترين في الصكوك ودفعها إليهم، وأما أمين الاستثمار هو العضو الذي يتولى حماية مصالح حملة الصكوك، والإشراف على وسيط الإصدار، حيث يقوم بحفظ الوثائق والضمانات، مقابل أجر يتم الاتفاق عليها. ينظر: صكوك الإجارة دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية، ميرة، ص ٣٥٥.

٣. بيان واجبات وحقوق كلٍّ منهم بياناً نافياً للنزاع والغرر، ويتأكد على أن ينص عقد الإصدار على أحكام تداول واسترداد وانتهاء الصكوك في محل العقد.

❖ **تداول صكوك الإجارة:**

المقصود بتداول صكوك الإجارة هو قابليتها لنقل ملكية الورقة المالية من مالك لآخر بعقد من العقود المعتبرة، كالبيع والشراء والهبة، عبر وسيلة من الوسائل التجارية المستساغة شرعاً، ويجوز عدم مراعاة قواعد الصرف أو بيع الديون إذا تحول أكثر موجودات المشروع إلى اعيان ومنافع وحقوق وخدمات أو إلى أحداهما أو أغلب موجودات المشروع أعيانا ومنافع، وإلا فلا بد من تطبيق قواعد الصرف عند التداول، بناء على قاعدة الأصالة والتبعية أو الكثرة والقلة[1].

وبناءً على ما ذكرناه في أنواع صكوك الإجارة الخمسة، نذكر الضوابط الآتية لتداولها وهي:

إن التداول طريقة متعارف عليها في نقل ملكية الأوراق المالية، وذلك بأي طريقة من الطرق المتعارف عليها مثل القيد في السجلات أو الوسائل الالكترونية، والذي تعهد مصدّر الصكّ بعد إتمام عملية الإصدار بشرائها في حالة عرضها عليه بسعر السوق، مع امكانية تداولها لحظة اصدارها وتملكها.

فإذا أُعيدت الصكوك المعينة لملكية منافع الاعيان، وكان الصكّ ممثلاً للأجرة، فهي حينئذٍ دين في ذمة المستأجر، فلابد أن تخضع لضوابط التصرف في بيع الديون، وأن كانت الصكوك ملكية منافع الاعيان الموصوفة في الذمة فلابد من تعيين العين التي تستوفي منها المنفعة، مع مراعاة وضوابط التصرف في بيع الديون، فإذا تعينت ساغ الأمر بتداول الصكوك، وهذه القيود متحققة في صكوك المنافع والخدمات الخاضعة لأحكام وضابط التصرف في الديون[2].

❖ **الأحكام الشرعية المتعلقة بتداول صكوك الإجارة:**

وبناءً على ما ذكرناه من كون الصكوك إنما تمثل في حقيقتها حصة شائعة في أصل مالي، فإن حكم تداولها يخضع للضوابط الشرعية للتصرف فيما تمثله من أصل، فإن كانت تمثل الصكوك بعد الاكتتاب أكثر موجودات المشروع إلى اعيان ومنافع وحقوق وخدمات، فلا يحتاج من تطبيق قواعد الصرف عند التداول، فإن تداولها يأخذ أحكام البيع، فيجوز بيعها بمثل سعر الصكّ أو أقل أوأكثر، ولا يشترط تقابضٌ ولا تماثلٌ إلى غير ذلك من الأحكام الشرعية للبيع[3].

وأما إذا لم يتحقق ذلك بأن كانت الموجودات التي يمثلها الصكّ أو أكثرها عبارة عن النقود فلا بد من تطبيق قواعد الصرف أو تطبيق قواعد بيع الديون عند التداول، وعليه فيجب التقابض والتماثل عند اتحاد الجنس كما هو الحكم بالأثمان، وان صرفت من جنسين بمعنى اذا صدرت

---

[1]) ينظر: المرجع السابق، ص ٣٦٩.

[2]) ينظر: صكوك الاستثمار، د. حسين حامد حسان، ص ٤٠- ٦٠.

[3]) الخدمات المصرفية لاستثمار اموال العملاء وأحكامها في الفقه الإسلامي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، يوسف بن عبد الله الشبيلي، المعهد العالي للقضاء، سنة ١٤٢٢ه، ص ٩٥١.

العملة من دولتين مثلاً فيجب في صرفها الحلول والتقابض ويجوز التفاضل، وأما إذا كان الصكُّ يمثل ديوناً فيجب في هذه الحالة تطبيق أحكام التصرف في الديون المقررة شرعاً[1].

وأما إذا كان ما يمثله الصكّ من موجودات مختلطة من النقود والديون والأعيان والمنافع فإنه يجوز تداول الصكوك وفقاً للسعر المتراضى عليه، على أن يكون الغالب في هذه الحالة أعياناً ومنافع، وعليه فإن الحكم في تداول هذه الصكوك تأخذ حكم ما يغلب من الموجودات المذكورة[2].

وبناءً على ما ذكرناه من تفصيل في أنواع صكوك الإجارة الخمسة نذكر الضوابط لتداولها وهي:

١) يجوز تداول الصكوك بأي طريقة متعارف عليها بما لا يخالف الشرع، كأن يكون النوع من الصكوك يمثل أعيانا مؤجرة فيمكن بيعها، وذلك لأن الأجرة المؤجلة تابعة للأصل، والتابع يبقى في حكم التبعية فلا يقال بأنه بيع دين، فالعبرة في المعاملات بما في نفس الأمر، لا بما في ظن المكلف، وهذه القاعدة تنص على تصحيح التصرفات في مجال العقود بالنظر إلى المآل[3].

٢) يجوز تداول صكوك ملكية الموجودات المؤجرة أو الموعودة باستئجارها منذ لحظة إصدارها بعد تملك حملة الصكوك الموجودات وحتى نهاية أجلها، ويمكن بيعها لمصدّرها بشرط أن يكون بسعر السوق، فلا يجوز أن يكون وعد الشراء بالقيمة الاسمية للصكِّ، ولكن يمكن استردادها بالسعر الذي يتراضى عليه حامل الصكّ ومصدره حين الاسترداد[4].

٣) يجوز تداول صكوك ملكية منافع الاعيان المعينة قبل إعادة إجارة تلك الأعيان، فإن أعيدت بعد تأجير العين كان الصكُّ ممثلاً للأجرة وهي حينئذٍ دين في ذمة المستأجر فلا يصح تداولها إلا بضوابط التصرف في الديون[5].

٤) لا يجوز تداول صكوك ملكية منافع الاعيان الموصوفة في الذمة قبل تعيين العين التي تستوفي منها المنفعة إلا بمراعاة ضوابط التصرف في الديون، لأن قيمة الصكِّ ما زالتْ نقوداً لم تتحول إلى عينٍ، فإذا تعينتْ جاز تداول صكوك منافع الاعيان الموصوفة في الذمة.

٥) يجوز تداول صكوك ملكية الخدمات التي تستوفي من طرف معين قبل إعادة إجارة تلك الخدمات، فإذا اعيدت كان حكمها خاضع لمراعاة حينئذٍ لأحكام وضابط التصرف في الديون[6].

---

[1]) ينظر: الورق النقدي، القاضي عبد الله بن سليمان بن منيع، مطابع الفرزدق التجارية – الرياض – ط الثانية – ١٩٨٤م، ص ١٢٦- ١٢٧.

[2]) ينظر: صكوك الإجارة دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية، حامد بن حسن ميرة، ص ٣٦٧.

[3]) ينظر: القواعد والضوابط الفقهية، د. أحمد الندوي، ٣١٨/١.

[4]) ينظر: صكوك الإجارة دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية، حامد بن حسن ميرة، ص ٣٧٠.

[5]) ينظر: المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية، رقم المعيار(١٧)، ص ٣١٩.

[6]) ينظر: المالية والمصرفية المعاصرة، د. نزيه حمّاد، ص ٣٤٥.

٦) لا يجوز تداول صكوك ملكية الخدمات التي تستوفي من طرف موصوف في الذمة قبل تعيين الطرف الذي تستوفي منه الخدمة إلا بمراعاة ضوابط التصرف في الديون، فإذا تعين الطرف جاز تداول صكوك المنافع الموصوفة في إجارة الذمة.
٧) يجوز للمشتري لمنافع الأعيان المعينة أن يبيع الأعيان الموجودات، وأن يصدر صكوكاً بذلك[١].

❖ **استرداد صكوك الإجارة:**

هو قابليتها لاسترداد تصرف ملكية الورقة المالية من مالكها مع مصدّرها، ويتم ذلك بعد تمام الاكتتاب وتداول الصكوك، فيقوم المالك بعدها بإعادته لمصدّره بالقيمة السوقية، أو بما يتفقان عليه، وتسترد صكوك الإجارة بأن يتعهد مصدّرها بشراء ما يُعرض عليه، أو يتم استردادها بعقد جديد بين المكتتب ومصدّرها، وتفصيل ذلك في صكوك الإجارة[٢] على النحو الآتي:

١) استرداد صكوك ملكية الأصول المؤجرة: قيام إدارة المؤسسة أو أي جهة مرتبطة بتصدير الصكوك بشراء حصة المستثمر كلياً أو جزئياً، أما بطريق التعاقد في حينه بين الطرفين، وإما أن يسبقه تعهد من المدير باستجابته لأي طلب استرداد[٣].
٢) استرداد صكوك ملكية المنافع والخدمات: بأنها في حقيقتها عقد إجارة، المؤجر فيها مصدر الصكّ، والمستأجر هو المكتتب فيه، وبناءً على ذلك يتم استرداد صكوك المنافع بما يتفق عليه الطرفان من أجرةٍ في حينه مبعد لشبهة العينة[٤] بسعر السوق.
٣) الاسترداد له حكم الإيجاب الملزم لمن يصدر منه إذا كان محدد المدة، فإذا صدر القبول من الراغب في الاسترداد تم العقد، مع التوصية بعدم أخذ عمولة عن الاسترداد لأنها مقابل التعاقد، وهو حق مشترك للطرفين، بتوثيق ضمان الحصول على المصروفات الفعلية للاسترداد وخدماته كالتسجيل ونحوه، إذا كان محدداً على وجه لا يؤدي إلى النزاع[٥].

❖ **الأحكام الشرعية لاسترداد صكوك الإجارة:**

الاسترداد جائز شرعاً بعقد جديد بين مصدر الصكوك وحاملها، على أن يكون الشراء بالقيمة السوقية أو بثمن يتفق عليه في حين الاسترداد، ولا يجوز التعهد بالقيمة الاسمية لأن هذا يؤدي إلى ضمان رأس مال المستثمر وهو ممنوع شرعاً منهم، وبناءً على ما سبق من جوازه شريطة ألا يكون ذلك حيلة على الربا كبيع العينة، بحجة إعادة تأجير المستأجر للعين المؤجرة من مؤجرها، وعليه فإن الاسترداد يكون بسعر السوق أو بثمن الواقع في حينه مبعد لشبهة العينة، فإذا حصل الشراء لا يجوز تقاضي مدير الاستثمار عمولة عن الاسترداد، لأنها مقابل التعاقد وهو حق مشترك، ويجوز مقابل المصروفات الفعلية كالتوثيق[٦].

---

١) ينظر: المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية، رقم المعيار(١٧)، ص ٣٢٠.
٢) ينظر: التنمية بالسندات المشروعة لاستثمار متوسط وطويل الأجل، د. عبد الستار أبو غدة، بحث ضمن أعمال الندوة الفقهية الخامسة لبيت التمويل الكويتي، ١٤١٩ه، ص ٢٠١.
٣) ينظر: صكوك الإجارة دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية، حامد بن حسن ميرة، ص ٣٤٠ وما بعدها.
٤) أن يستأجر عيناً بمائة وعشرين مؤجلة، ثم يعيد تأجيرها على المؤجر بمائة حالة.
٥) ينظر: المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، ١٤٢٤ه/ ٢٠٠٣، ص ٣١٩- ٣٢٠.
٦) سندات الإجارة والاعيان المؤجرة، د. منذر قحف، ص ٨٦ وما بعدها.

الفرع الرابع

أثر الاستحسان في استنباط حكم صكوك الإجارة

لما كانت الإجارة وسيلة للتيسير على الناس في الحصول على ما يبغونه من المنافع التي لا ملك لهم في أعيانها، والحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الأعيان، فالفقير محتاج إلى مال الغني، والغني محتاج إلى عمل الفقير، ومراعاة حاجة الناس أصل في شرع العقود، فقد شُرعت على وجه ترتفع به الحاجة، ويكون موافقاً لأصل الشرع، وهذه هي حكمة تشريعها[١].

فلمّا جاز العقد على الأعيان ساغ الأمر أن تجوز الإجارة على المنافع، ولا يخفي ما بالناس من الحاجة إلى ذلك، فإنه ليس لكل أحد بيت يملكه، ولا يلزم أصحاب الأملاك إسكانهم وحملهم تطوعاً، وكذلك أصحاب الصنائع يعملون بأجر، ولا يمكن لكل أحد عمل ذلك، ولا يجد من يتطوع له بذلك، وعليه فلابد من الإجارة، بل ذلك مما جعله الله تعالى طريقاً لتحصيل الناس لأرزاقهم[٢]، وتيسيراً على الناس، وتخفيفاً عن العباد، ورفعاً للحرج عنهم فيما يحتاجون إليه من صنوف التعامل المالي، وتأسياً بقول قاضـــي القضـــاة أبي يوسف: "وَمَا كَانَ أَرْفَقَ بِالنَّاسِ فَالأخذ بِهِ أولَى؛ لِأَنَّ الْحَرَجَ مَدْفُوعٌ[٣]"، فكان ذلك استحساناً.

فإن هذه الصكوك يمكن أن تصاغ منها صورٌ متعددة وعقود مختلفة، كما يمكن أن يتم تركيب عقد الإجارة مع عقود أخرى عدةٍ في صور صكوك قابلة للتداول، تفي بحاجات المستثمرين وطالبي التمويل على حدٍ سواء، وهو الأمر الذي يؤكد ما سبق بيانه من مرونة صكوك الإجارة وقابليتها لتلبية الحاجات المختلفة، وأهم ما يمكن تحريره، أن تعتمد في الغالب على مزج عقد الإجارة بغيره من العقود في منظومة عقدية واحدة، وهو ما يتطلب من جهدٍ في الفهم العميق للنظر في آحاد هذه العقود، ثم فيما تؤول في صيغتها النهائية، حتى يمكن تأصيلها والحكم عليها حكماً أصولياً.

يعتبر دليل الاستحسان من الأدلة التابعة للمصادر الأصلية، وله أهمية بالنسبة للناظر في النوازل يحكم من خلاله في الوقائع المختلفة بخلاف حكم نظائرها لاعتبارات شرعية يراها الناظر أنها مقتضية لهذا العدول، فإذا عدل الناظر بما لم يرد بحكمه نص ولا إجماع عما يقتضيه القياس الظاهر من الحكم إلى ما يقتضيه القياس الخفي لوجه يرجح العدول، كان هذا العدول عن مقتضى القياس الظاهر إلى مقتضى القياس الخفي استحساناً[٤].

ومثال ذلك حقوق صكوك الإجارة، تدخل في بيع وسلف[٥]، فالقياس الظاهر هو قياس منهي عنه، بجامع أن المقصود بالنهي هو جمع صفقتين في صفقة واحدة، تتضمن حالتي النقد والنسيئة،

---

[١]) ينظر: المبسوط للسرخسي، ١٧٥/١٥.

[٢]) ينظر: المغني، ٣٢١/٥.

[٣]) ينظر: المبسوط للسرخسي، ٢٥/١١.

[٤]) ينظر:أثر الادلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، د. مصطفى ديب البُغا، ١٣٤/٢.

[٥]) صكوك الإجارة تكون بيعاً بكونها متعلقة بمنافع الأعيان، فهي تمثل ملكية تلك المنافع المعقود عليها، لأن المنافع المعلومة بطبيعتها تقبل البيع، حيث تمثل صكوك الإجارة ملكية تلك المنافع، وتعدُّ سلفاً يترتب عند انتهاء مدة التصكيك بتمليك المنفعة الموصوفة بين المتعاقدين. ينظر: المصدر السابق، نزيه حمّاد، ص ٣٣٢.

وأما عن صفقتين في صفقة واحدة هو الجمع بين البيع والسلف في عقد واحد، فهذا هو مقتضى مدلول الحديث الصحيح، فقد "نُهى عن بيعٍ وسلف[1]"، نلاحظ من خلال صكوك الإجارة أنها عملية تتضمن مجموعة من العقود من الوعود والمشاركة، ويدخل في أحاديث النهي عن صفقتين في صفقة واحدة، لأنها تجمع بين إجارة وبيع، أو بين معاوضة وتبرع، وفق ظاهر النص.

وأما مدلوله الخفي فينبغي العدول إلى ما يقتضيه عموم النص فيها حكماً، يحتاج إلى فهم ثاقب يندرج تحت دليل من الأدلة الشرعية العامة، أو استثناء واقعة وإعطاؤها حكماً غير الحكم المستفاد من الدليل العام، حيث يعتدُّ هذا العدول استحساناً.

فننظر إلى تفسير كلام النبي صلى الله عليه وسلم بعضه ببعض، وفق مجيء النهي فقد فسره الصحابي أبن مسعود بقوله: "لَا تَصْلُحُ الصَّفْقَتَانِ فِي الصَّفْقَةِ، أَنْ يَقُولَ: هُوَ بِالنَسِيئَةِ بِكَذَا وَكَذَا، وَبَالنَّقْدِ بِكَذَا وَكَذَا[2]"، فظاهر المعاملة تقتضي وفق مقصود ألا وهو الانتفاع وتملك العين من خلال صكوك الإجارة من خلال صفقتين في صفقة واحدة وهذا مقتضى القياس الظاهر، إذن فما المراد من مقتضى القياس الخفي على معنى من معاني المصلحة والعدول لتحقيق دليل الاستحسان، يقول ابن القيم: "فَالْأَولَى تفسير كلام النبي بَعْضه بِبَعْضٍ فَنُفَسِّر كَلَامه بِكَلَامِهِ فَنَقُول نَظِير هذا نهيه عَنْ صَفْقَتَيْنِ فِي صَفْقَة وَعَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَة... وَسِرّ ذَلِكَ أن كلا الأمرين يؤول إلى الرِّبَا وَهُوَ ذَرِيعَة إليه"، فعلى ضوء ذلك لا تدخل هذه الصكوك في ظاهر الحديث السابق، لأنها لا تجمع بين إجارة وبيع، وإنما الحاصل عقدان متواليان لا ينفصل أحدهما عن الأخر، مع تجنب الربا في صكوك ملكية الأعيان، وتدخل الرخصة في صكوك ملكية الخدمات والمنافع الموصوفة في الذمة، فتأخذ أغلب أحكام السلم[3].

نلخص مما مضى ذكره، أن يراعى إذا حدثت واقعة من الوقائع، واعطاؤها حكما غير الحكم المستفاد من القاعدة الكلية، ووقع للناظر أن لهذه النازلة ظروفاً وملابسات خاصة تجعل تطبيق النص العام أو الحكم الكلي عليها أو اتباع ظاهرها فيها يفوت المصلحة أو يؤدي إلى مفسدة، فعدل فيها عن هذا الحكم وفق ما اقتضاه قياس خفي غير متبادر، للوصول إلى الحكم المناسب يعدُّ استحساناً لمقاصد الشرع وكلياته[4].

والمتأمل في كلام الأصوليين وتقسيماتهم للاستحسان يجد أنه لا يخرج عن مقتضى الأدلة ومآلاتها ولا يعدو أن يكون نوعاً من أنواع الرد إلى مقاصد الشريعة وكلياتها، ولذلك نص الإمام الشاطبي على هذا المعنى بقوله: "الأخذ بِمَصْلَحَةٍ جُزْئِيَّةٍ فِي مُقَابَلَةِ دَلِيلٍ كُلِّيٍّ، وَمُقْتَضَاهُ الرُّجُوعُ إلى تَقْدِيمِ الِاسْتِدْلَالِ الْمُرْسَلِ عَلَى الْقِيَاسِ، فَإِنَّ مَنِ اسْتَحْسَنَ لَمْ يَرْجِعْ إلى مُجَرَّدِ ذَوْقِهِ وَتَشَهِّيهِ، وَإِنَّمَا رَجَعَ إلى مَا عَلِمَ مِنْ قَصْدِ الشَّارِعِ فِي الْجُمْلَةِ فِي أَمْثَالِ تِلْكَ الْأَشْيَاءِ الْمَفْرُوضَةِ، كَالْمَسَائِلِ الَّتِي يَقْتَضِي الْقِيَاسُ فِيهَا أمرا، إِلَّا أَنَّ ذَلِكَ الأمر يُؤَدِّي إلى فَوْتِ مَصْلَحَةٍ مِنْ جِهَةٍ أُخْرَى، أو جَلْبِ مَفْسَدَةٍ كَذَلِكَ، وَكَثِيرٌ مَا يَتَّفِقُ هَذَا فِي الأصل الضَّرُورِيُّ مَعَ الْحَاجِيِّ وَالْحَاجِيُّ مَعَ التَّكْمِيلِيِّ، فَيَكُونُ

---

[1]) اسناده حسن من أجل الضحاك من عثمان، ينظر: مسند الإمام أحمد، المحقق: شعيب الأرنؤوط وأخرون، ٨٤/٦.

[2]) مصنف عبد الرزاق، رقم الحديث ١٤٦٣٣، ١٣٨/٨.

[3]) ينظر: شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح، ١٦٩/٢ وما بعدها.

[4]) ينظر: منهج استنباط احكام النوازل الفقهية المعاصرة، مسفر بن علي بن محمد القحطاني، ص ٤١٢ وما بعدها.

إِجْرَاءُ الْقِيَاسِ مُطْلَقًا فِي الضَّرُورِيِّ يُؤَدِّي إلى حَرَجٍ وَمَشَقَّةٍ فِي بَعْضِ مَوَارِدِهِ، فَيُسْتَثْنَى مَوْضِعُ الْحَرَجِ[1]".

فالاستحسان الذي أوردناه سنده النص، وهو من طرق الاجتهاد الذي يحتاج الناظر في تقدير الأحوال لهذه الواقعة، وترجيح دليل على آخر للوصول إلى الحكم المناسب لها.

فإن صكوك الإجارة من حيث القياس لا تجوز، لأن المعقود عليه الذي هو محل العقد معدوم حقيقة عند العقد، والعقد لا ينعقد في غير محله، فقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع معدوم مجهولٌ، عند عامة أهل العلم[2]، لما فيها من شائبة سريان النزاع بين الاطراف مما يؤدي إلى الضرر، ولكن جمهور العلماء أجازوا عقد المعدوم في السَّلم والعرايا، استثناء من بيع المعدوم للنصوص الواردة في ذلك لحاجة الناس، فإن الرخصة المذكورة هي نوع من الاستحسان، لأنها استثناء من قاعدة منصوصة في بيع المعدوم[3].

ومما يجوز استحسانا في المعاملات المصرفية المعاصرة، صور صكوك الإجارة، حيث يمكن أن يعد من صور الاستحسان، وبينّا من خلال ذكرها الفروق الجوهرية والشكلية بين أنواعها، مما لم يكن معهوداً في السابق، وهو أن يسلّمَ قيمةً اسميةً حاضرةً بسعر السوق، في عوض معين أو موصوف في الذمة إلى أجل، فالمعقود عليه ربما يكون غير موجود وإنما هو مؤجل التسلم، وهذا العقد مخالف للقياس، إذ هو من بيع المعدوم وما ليس عند البائع، والأصل أن يكون المبيع موجوداً ومملوكاً، ولكنه استثني لحاجة ارباب الأموال إليه.

ومن الممكن إجراء ذلك في غير ما ورد به النصّ، وهو صكوك الإجارة، ففي هذا العصر تتطلب الحاجة الاقتصادية والمالية ملحة لإصدار صكوك استثمارية، حيث تلبي احتياجات المؤسسات المالية، وتوفر سيولة لها، وتحقق لها المقاصد العظيمة، فاستحساناً على ما تقدّم فإنه يجوز بيع صكوك الإجارة قياساً على ما ثبت بالنص، والجامع بينها الحاجة في الكل[4].

رأي الباحث وخلاصته: نوجزه فيما يأتي:

١. لابد من ربط الأجرة بمؤشر منضبط، بكونها معلومة علماً نافياً للجهالة والغرر في عقد الإجارة، ويمكن أن تكون مرتبطة بمؤشر متغير ولكنه منضبط يحقق شرط العلم، وينفي الجهالة والغرر المؤدي للنزاع والشقاق بين الأطراف.
٢. اجتماع عقدين فأكثر في عقد واحد على سبيل الاجتماع بحيث تكون جميعها في تصرف واحد كالعقد الواحد، بلا شرطٍ ولا تعليق انعقاد أحدهما على الآخر، للابتعاد عن حيلة الربا في ذلك.
٣. هذا العقد الذي ثبت استحساناً على خلاف القياس، يمكن الإفادة من صكوك الإجارة أداة متميزة للسياسة النقدية في هذا العصر بتطويره وتوسيع مجاله، وأن لا يقتصر فيه على ما حدّه الفقهاء واعتباره أداة تمويل ذات كفاءة عالية في الاقتصاد الإسلامي، وفي نشاطات المصارف[5].

---

[1]) الموافقات، ١٩٤/٥.
[2]) شرح السنة، البغوي، ١٣٧/٨.
[3]) ينظر: الاستحسان، الدكتور يعقوب عبد الوهاب الباحسين، ص ١٥٨ وما بعدها.
[4]) ينظر: بحوث في الاقتصاد الإسلامي، ص ٣٥٢.
[5]) ينظر: الاستحسان، الدكتور يعقوب عبد الوهاب الباحسين، ص ١٦٦.

٤. صكوك الإجارة تعتبر أوراقاً مالية ذات استقرار نسبي في أسعارها وثبات في عوائدها، ففي عصرنا الحاضر يمكن زيادة كمية النقود الموجودة في السوق عن طريق شرائها عند توفر الرغبة، ويمكن بيعها عندما ترغب في تقليل كميتها فيه.
٥. مرونتها لتلبية قدر لا يُستهان من الحاجات التمويلية للدولة، واستجابتها لحاجات التمويل المختلفة، كإقامة بعض المشروعات الكبيرة ذات النفع العام، نحو تمويل بناء الجسور والمطارات ومحطات سكك الحديدية، واستجابتها لحاجات وشرائح مختلفة ومتعددة من العملاء، سواء أكانوا من المنتجين أو من التجار بحيث تدرُّ أرباحاً وعائدات أم كانت خدمية بحتة[١].
٦. تصلح صكوك الإجارة أن تكون أداةً لتمويل البنوك المشروعة، من أجل تعبئة الموارد المالية التي تحتاج إليها، من خلال إصدارها وذلك مقابل التمويل بالتأجير الذي تقوم به، ولانتفاعها لغرض استرداد ما قدمته من تمويل لتستعمله في مشروعات تمويلية أخرى، فيقدم لهم بهذا التمويل نفعاً بالغاً، ويدفع عنهم مشقة العجز المالي عند تحقق إنتاجهم.
٧. تقوم فكرة صكوك الإجارة على مبدأ تحويل الأعيان والمنافع التي يتعلق بها إلى أوراق مالية قابلة للتداول، مبنية على حافظة استثمارية ذات سيولة، تمثل حصصاً شائعةً في ملكية أعيان ومنافع مؤجرة، فالاستحسان يدخل في تطبيقات المصارف المعاصرة لصكوك الإجارة كما مر سابقاً، مما ترك القياس لتعامل الناس مع تطور الحياة، وارتقاء الحضارات، ونظراً لكثرة النوازل المعاصرة في هذا الشأن، فهي حالات مستثناة من حكم نظائرها على نحو تتحقق معه الضوابط المشترطة لها[٢].

---

[١]) ينظر: المالية والمصرفية المعاصرة، د. نزيه حمّاد، ص ٣٤٢.
[٢]) أدلة التشريع المختلف في الاحتجاج بها، د. عبد العزيز بن عبد الرحمن الربيعة، ط/ الثانية، ١٤٠١ه، ص ١٦٨.

الفصل الثاني

المصلحة المرسلة وأثرها في استنباط المعاملات المصرفية المعاصرة

توطئة

سأتناول في هذا الفصل حقيقة المصلحة المرسلة وبيان أقسامها وحجيتها وضوابط العمل بها، ثم نتطرق إلى بيان أثر المصلحة المرسلة في استنباط حكم بعض المعاملات المصرفية المعاصرة، لذا ستكون دراسة هذا الفصل في مبحثين.

أما أحدهما فهو الاستصلاح، ماهيته، وأقسامه، وحجيته، وضوابط العمل به، وأما المبحث الأخر فهو أثر الاستصلاح في استنباط أحكام المعاملات المصرفية المعاصرة، وبيان تطبيقات نتلمس من خلالها أثره، من خلال مطلبين.

أحدهما أثر الاستصلاح في الأسهم، وأما الآخر أثر الاستصلاح في السندات.

وسنرى ان النظرة الأصولية تضع الأسس في فهم الأحكام الجزئية وقد تتطابق الرؤية الاقتصادية في معاملاتها المعاصرة وبذلك يتحتم التعرض في هذا الفصل من الناحيتين الأصولية والاقتصادية[1]، فأن الناظر في الشريعة الإسلامية، ليرى أنها قائمة على جلب المصالح ودرء المفاسد ورفع الحرج، وذلك تفضلٌ من الله تعالى على عباده، وتكرم منه سبحانه، وليس هذا بواجب عليه كما هو مقرر عند علماء أهل السنة والجماعة[2]، وإن هذه المصلحة واضحة بينة لذوي العقول السوية، وان اختلفت تلك المصلحة على البعض أو اختلفوا في شانها.

المبحث الأول

الاستصلاح

تعريفه، وأقسامه، وحجيته، وضوابط العمل به

سنبحث في هذا المقام تعريف المصلحة ونورد أهم أقسامها، ثم نتطرق إلى الحديث عن حجيتها، وآراء العلماء في الاحتجاج بها، وضوابط العمل بها عند القائلين بحجيتها، ومن ثم فإن دراسة هذا المبحث ستكون في أربعة مطالب.

والكلام في هذه الموضوعات متشعب، والدراسات فيه كثيرة التي اشتبكت بشأنه الآراء، وتضاربت فيه وجهات النظر، ويستمد هذا المبحث جزءاً من عنوانه الرئيسي مما دوَّنه علماء الأصول مما له علاقة باستخراج الأحكام الفرعية، وربطها من زاوية بالجانب الاقتصادي،

---

[1]) ينظر: قواعد الاحكام في مصالح الانام، أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، الملقب بسلطان العلماء (المتوفى: ٦٦٠هـ)، راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية – القاهرة، ١٤١٤ هـ - ١٩٩١ م، ٢/٢٠٥-٢٠٨.

[2]) ينظر: حاشية ابن الامير على اتحاف المريد شرح جوهرة التوحيد، محمد بن محمد بن احمد السنباوي الازهري (١٢٣٢ه)، دار الكتب العلمية/ بيروت، الطبعة الاولى، ١٤٢٢ه- ٢٠٠١م، ص ١٩٦-١٩٧.

ومحور دراستنا ستكون في المصالح التي لم يرد الدليل بإلغائها، سواء كانت معتبرة دينياً أو دنيوياً بواسطة حصول مقصود من مقاصد الشرع وفق نص أو اجتهادٍ.

المطلب الأول: تعريف الاستصلاح

التعريف اللغوي للاستصلاح:

معناها اللغوي: نقيض الاستفساد[1]، والألف والسين والتاء من الاستصلاح للطلب، فيكون معناه طلب الصلاح مما لم يشهد لها الشارع باعتبار ولا إلغاء، وهو ما يحقق خيراً للفرد أو للمجتمع، ومنه المصلحة الخاصة والعامة[2]، والمصلحة على وزن مفعلة، كالمنفعة وزناً ومعنى، فهي مصدر بمعنى الصلاح، كالمنفعة بمعنى النفع[3]، وفي القران الكريم يقول ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْيَتَـٰمَىٰ ۖ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ ۖ وَإِن تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ ۚ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ ٱلْمُفْسِدَ مِنَ ٱلْمُصْلِحِ ۚ﴾[4] .

تعريف الاستصلاح في الاصطلاح الأصولي: ويمكن رصد تعريفات متعددة للاستصلاح عند علماء أصول الفقه فقد قيلت فيه تعريفات كثيرة، نذكر أهمها واشهرها حسب الاسبق في المذاهب:

المذهب الحنفي: لم يتعرضوا في أصولهم واجتهادهم للاستصلاح، إلا أنه يكمن في دليلين من أهم الأدلة التي امتاز بها فقه أبي حنيفة رحمه الله هما الاستحسان والعرف، فقد كان الاستصلاح معتمداً عنده، ولكنه داخلا ضمناً في بعض الأدلة الأصولية، عبر اتجاهين هما[5]:

الاتجاه الأول: دخول الاستصلاح في الاستحسان، وهو ما تذكره كتب الحنفية في توجيه الاستحسان في تعريف بعضهم بانه: "الْعُدُولُ عَنْ حُكْمِ الدَّلِيلِ إلى الْعَادَةِ لِمَصْلَحَةِ الناس "وهذا يعني القول بالاستصلاح في كثير من المسائل وهو طلب السهولة في الأحكام فيما يبتلى فيه الخاص والعام، كقول الإمام عبد العزيز البخاري[6]: " اسْتَحْسَنُوا تَرْكَ الْعَمَلِ بِمُوجِبِ الْقِيَاسِ لِلضَّرُورَةِ الْمُحْوِجَةِ إلى ذَلِكَ لِعَامَّةِ النَّاسِ وَلِلضَّرُورَةِ أَثَرٌ فِي سُقُوطِ الْخِطَابِ"[7].

الاتجاه الثاني: دخول الاستصلاح في العرف، وقد أعتمده الائمة الحنفية في أصول الفقه ان يأتي بهذا المعنى فيما لا نص فيه، وفيما لا يعارض أصلاً من الأصول المتفق عليها، فان كثيرا

---

[1]) ينظر: معجم ديوان الأدب، أبو إبراهيم إسحاق بن إبراهيم بن الحسين الفارابي، (المتوفى: ٣٥٠هـ)، تحقيق: دكتور أحمد مختار عمر، مراجعة: دكتور إبراهيم أنيس، طبعة: مؤسسة دار الشعب للصحافة والطباعة والنشر، القاهرة، عام النشر: ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣م، ٤٣٠/٢.

[2]) ينظر: معجم لغة الفقهاء، ص ٥٤.

[3]) ينظر: لسان العرب، ٥١٧/٢.

[4]) سورة البقرة: من الآية ٢٢٠.

[5]) ينظر: الوصف المناسب لشرع الحكم، أحمد بن محمود بن عبد الوهاب الشنقيطي، عمادة البحث العلمي، بالجامعة الإسلامية، بالمدينة المنورة، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ، ص ٣٢٢.

[6]) هو عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري: فقيه حنفي من علماء الأصول. من أهل بخارى، توفي ٧٣٠ه. له تصانيف، منها (شرح أصول البزدوي سماه كشف الأسرار، شرح المنتخب الحسامي). ينظر: الأعلام، ١٣/٤.

[7]) كشف الاسرار، ٦/٤، اصول السرخسي، ٢٠٣/٢.

من الأحكام المبنية على العرف إنما هو قائم على الاستصلاح عند غيرهم[١]، والناظر في قسم البيوع من كتبهم الفقهية يجدها مملوءة بمسائل مصالح الناس[٢]، ومن ذلك "وَمِنْهُ سُمِّيَ الْعَقْلُ حَجْرًا؛ لأنه يَمْنَعُ عَنْ الْقَبَائِحِ... وَفِي الْعُرْفِ عِبَارَةٌ عَنْ مَنْعِ حُكْمِيٍّ كَالنَّهْيِ إلَّا أَنَّ التَّصَرُّفَ فِي الْحَجْرِ لَا يُفِيدُ الْمِلْكَ بِحَالٍ فِي الْبَيْعِ... (وَأَسْبَابُهُ) أَيْ الْحَجْرِ (الصِّغَرُ) بِأَنْ يَكُونَ غَيْرَ بَالِغٍ فَإِنْ كَانَ غَيْرَ مُمَيِّزٍ كَأَنْ يَكُونَ عَدِيمَ الْعَقْلِ وَإِنْ كَانَ مُمَيِّزًا فَعَقْلُهُ نَاقِصٌ فَالضَّرَرُ مُحْتَمَلٌ وَإِذَا أَذِنَ لَهُ الْوَلِيُّ صَحَّ تَصَرُّفُهُ لِتَرَجُّحِ جَانِبِ الْمَصْلَحَةِ[٣]".

المذهب المالكي: أشتهر امام المذهب واتباعه الآخذين بالمصلحة المرسلة، حتى ظن بعضهم اختصاص الاحتجاج بالمصلحة بالمالكية دون من سواهم، لأنهم اعتبروه دليلاً شرعياً مستقلاً، فقد عرفها ابن الحاجب[٤] بأنها: "مصَالح لَا يشْهد لَهَا أصل بِالِاعْتِبَارِ فِي الشَّرْع وَإِن كَانَت كَانَت على سنَن الْمصَالح وتلقتها الْعُقُول بِالْقبُولِ[٥]" وفي هذا الباب يقول الإمام الشاطبي: " قِسْمِ الْعَادَاتِ الَّذِي هُوَ جَارٍ عَلَى الْمَعْنَى الْمُنَاسِبِ الظَّاهِرِ لِلْعُقُولِ، فَإِنَّهُ-الإمام مالك- اسْتَرْسَلَ فِيهِ اسْتِرْسَالَ الْمُدِلِّ الْعَرِيقِ فِي فَهْمِ الْمَعَانِي الْمَصْلَحِيَّةِ، نَعَمْ مَعَ مُرَاعَاةِ مَقْصُودِ الشَّارِعِ أَنْ لَا يَخْرُجَ عَنْهُ وَلَا يُنَاقِضَ أَصلًا مِنْ أصولِهِ[٦]"، ولا داعي ان نطيل في أدلة إثبات ذلك، فهو أمر معروف عند الأصوليين بشرط قربه من معاني الأصول الثابتة وعدم التفات إلى المعاني في العبادات[٧].

المذهب الشافعي: لم يعتبر الاستصلاح دليلا مستقلاً بل كان يعتبره معنى من معاني القياس، وربما كان يسمي القياس في مفهومه مطلق الاجتهاد[٨]، وفي بيان هذه الحقيقة اليك الان الأدلة التي توضح معنى الاستصلاح عند الشافعية.

قال الإمام الغزالي: "إنه التعلق بمجرد المصلحة من غير استشهاد بأصل معين بَلْ تَشْهَدُ لَهُ الأصول الْمُعَيَّنَةُ[٩]" وقال أيضاً "نَعْنِي بِالْمَصْلَحَةِ الْمُحَافَظَةَ عَلَى مَقْصُودِ الشَّرْعِ... وَإِذَا أَطْلَقْنَا الْمَعْنَى الْمُخَيَّلَ وَالْمُنَاسِبَ فِي كِتَابِ الْقِيَاسِ أَرَدْنَا بِهِ هَذَا الْجِنْسَ[١٠]"، فيكمن دليل المصلحة في باب القياس ولهذا يقول الإمام الشافعي: "فالاجتهاد أبداً لا يكون إلا على طلب شيء، وطلبُ الشيء لا

---

[١]) ينظر: أثر الادلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، ص ٥٥٧.

[٢]) ينظر: رد المختار على الدر المختار(حاشية ابن عابدين)، ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: ١٢٥٢هـ) - دار الفكر-بيروت - الطبعة: الثانية ، ١٤١٢هـ، ٤٥٤/٤.

[٣]) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده، يعرف بداماد أفندي (المتوفى: ١٠٧٨هـ)، دار إحياء التراث العربي، ٤٣٧/٢.

[٤]) هو عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس، أبو عمرو جمال الدين ابن الحاجب: فقيه مالكي، من كبار العلماء العلماء بالعربية. كردي الأصل. ولد في أسنا (من صعيد مصر) ونشأ في القاهرة، وسكن دمشق، ومات بالإسكندرية. وكان أبوه حاجبا فعرف به. من تصانيفه «الكافية، جامع الأمهات، المقصد الجليل" ينظر: الأعلام، ٢١١/٤- ٢١٢.

[٥]) اصول الفقه الإسلامي، د. امير عبد العزيز، دار السلام، الطبعة الاولى/١٤١٨ه- ١٩٩٧م، ٤٨٢/١.

[٦]) الاعتصام، ص ٦٣١.

[٧]) ينظر: أثر الادلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، د. مصطفى ديب البُغا، ٤٣/٢.

[٨]) ينظر: البرهان في أصول الفقه، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين (المتوفى: ٤٧٨هـ)، المحقق: صلاح بن محمد بن عويضة، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان، الطبعة: الطبعة الأولى ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م، ٨/٢.

[٩]) ينظر: المنخول، ص ٤٦٢، المستصفى، ص ١٧٩.

[١٠]) المستصفى، ص ١٧٤.

يكون إلا بدلائل، والدلائلُ هي القياس"[1]، ومن تتبع كلام الإمام الشافعي وجده متمسكاً بالمصالح المستندة إلى كلي الشرع، وهو ما قاله الإمام الزنجاني[2] "ذهب الشَّافِعِي إِلى أَن التَّمَسُّك بالمصالح المستندة إلى كلي الشَّرْع وان لم تكن مستندة إلى الجزئيات الْخَاصَّة الْمعينَة جَائِز[3]".

ونقل الإمام الجويني عن امام مذهبه شبيه ما جاء في الرسالة باعتماده على المصالح المرسلة، وأسهب في بيان ذلك، إلى ان قال: "ومن تتبع كلام الشافعي لم يره متعلقا بأصل ولكنه ينوط الأحكام بالمعاني المرسلة فإن عدمها التفت إلى الأصول مشبها كدأبه إذ قال طهارتان فكيف يفترقان[4]".

المذهب الحنبلي: فهو أيضاً لم يتعرض في أصوله للمصلحة المرسلة، الا انه لا يلزم من كونه لم يعد الاستصلاح دليلا مستقلاً، هذا لا يعني عدم اعتماده عليه في الاجتهاد، فانه لم يكن بمنجاة عن الأخذ به[5]، ومما يدل على الأخذ به ما يأتي:

قال الإمام ابن قدامه "الاستصلاح وهو اتباع المصلحة المرسلة[6]"، والمصلحة هي المنفعة سواء كانت بالجلب والتحصيل، كاستحصال الفوائد، أو بالدفع والاتقاء كاستبعاد المضار والآلام، وان مقاصد الشريعة ليست سوى تحقيق السعادة الحقيقية لهم، بل ان فقهاء مذهب الحنابلة يعتبرون المصالح أصلا وهم زعماء بالأخذ بهذا الأصل، وينسبون ذلك إلى امام المذهب[7].

❖ **مناقشة وتعقيب على التعريفات:**

من خلال متابعة النصوص المتقدمة لأقوال العلماء في بيان حقيقة الاستصلاح، يتبين ان هنالك مدارات عدة في تحقيق المعنى المضمون وهي:

- ترجيح المصلحة الخفية على القياس الجلي بناء على دليل، وهو الذي يسمى استحسان المصلحة، وأساس قوته التيسير ورفع الحرج.
- يكون العرف مخصِّصا النص العام ما لم يخالف دليلاً من الأدلة الشرعية، لعدم إيقاع الناس في الحرج والضيق، ويجعل الشريعة مجافية للغرض الذي جاءت من اجله.
- القول بالمصالح الضرورية الكلية الحاصلة قطعاً[8].
- استنباط أحكام المصالح بوجوه من المناسبات المعقولة وربطها بقياس فقهي، لأنه من قبيل طلب الشي، وطلب الشيء لا يكون الا بدلائل، والدلائل هي القياس[9].

---

[1]) الرسالة، ص ٥٠٥.

[2]) هو محمود بن أحمد بن محمود بن بختيار، أبو المناقب شهاب الدين الزنجاني: لغويّ، من فقهاء الشافعية. من أهل زنجان (بقرب أذربيجان) ولد ٥٧٣ه، استوطن بغداد، وولي فيها نيابة قضاء القضاة، وعزل، ودرّس بالنظاميّة ثم بالمستنصرية. وصنف كتابا في (تفسير القرآن) واختصر الصحاح للجوهري في اللغة، وسمى مختصره (ترويح الأرواح في تهذيب الصحاح) ثم أوجزه في نحو عشر الأصل، وسماه (تنقيح الصحاح)، ومن كتبه (تخريج الفروع على الأصول) استشهد ببغداد بدخول هولاكو سنة ٦٥٦ه. ينظر: الأعلام، ١٦١/٧-١٦٢.

[3]) تخريج الفروع على الأصول، الزَّنْجاني (المتوفى: ٦٥٦هـ)، د. محمد أديب صالح، مؤسسة الرسالة – بيروت، الطبعة: الثانية، ١٣٩٨، ص٣٢٠.

[4]) البرهان في أصول الفقه،١٦٣/٢.

[5]) ينظر: أثر الادلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، د. مصطفى ديب البُغا، ٥٢/٢- ٥٣.

[6]) روضة الناظر وجنة المناظر، ٤٧٨/١.

[7]) ينظر: ضوابط المصلحة، ص ٣٦٩.

[8]) ينظر: الإحكام في أصول الأحكام، ١٦٠/٤.

[9]) ينظر: الرسالة، ص٥٠٥.

- استرسل البعض في الأخذ بالمصالح من غير تقيد بملاءمتها لتصرفات الشارع وأحكامه.
- ترك العسر لليسر، بالنظر إلى معاملات الناس وما استقاموا عليه، وصلحت عليه أمورهم[1].

فقد تبين الآن أنّ بناء الأحكام الشرعية على أساس الاستصلاح، اذ لا يعنينا فيما ذكرناه من موقف الفقهاء من تسمية بخصوصه، وانما الذي نقصده معرفة موقفهم من مسمى الاستصلاح الذي حددناه، سواء كان ذلك باسم الاستصلاح، أو الاجتهاد أو القياس أو الاستحسان أو العرف، فنظرة العلماء تختلف فيما بينهم، فمنهم من ضيق في الأخذ بالمصالح المرسلة، ومنهم من شدد وجعل للأخذ بها شروطاً، ومنهم من توسع واعتبره دليلا مستقلا[2]، وبهذا نصل إلى ما قاله الإمام القرافي في هذا الصدد: "انَّمَا فَرَّ أكثر عُلَمَاءِ الأمة مِنْ تَقْرِيرِ هَذَا الأصل تَقْرِيرًا صَرِيحًا مَعَ اعْتِبَارِهِمْ كُلِّهِمْ لَهُ كَمَا قَالَ الْقَرَافِيُّ خَوْفًا مِنِ اتِّخَاذِ أَئِمَّةِ الْجَوْرِ إِيَّاهُ حُجَّةً لِاتِّبَاعِ أَهْوَائِهِمْ وَإِرْضَاءِ اسْتِبْدَادِهِمْ فِي أَمْوَالِ النَّاسِ وَدِمَائِهِمْ، فَرَأَوا أَنْ يَتَّقُوا ذَلِكَ بِإِرْجَاعِ جَمِيعِ الأحكام إِلَى النُّصُوصِ وَلَوْ بِضَرْبٍ مِنَ الْأَقْيِسَةِ الْخَفِيَّةِ، فَجَعَلُوا مَسْأَلَةَ الْمَصَالِحِ الْمُرْسَلَةِ مِنْ أَدَقِّ مَسَالِكِ الْعِلَّةِ فِي الْقِيَاسِ وَلَمْ يَنُوطُوهَا بِاجْتِهَادِ الأمراءِ وَالْحُكَّامِ"[3].

فيستلخصُ من هذا كله أنّ معانٍ لمقاصدَ الشريعةَ حقيقية لها، تتحقُّقُ في الواقع، ومنها أيضاً المعاني الاعتبارية[4] القريبة من الحقيقية، فبمثل هذه المعاني بشروطها قد يحصل اليقين ان دلت على تحصيل صلاح عام أو دفع ضرٍ كذلك، فان قوي الظن وجب على الفقيه سبر تلك الاعتبارات كما حصل مع الإمام مالك[5]، وان حصل له الظن بانها مقصودة للشارع اثبتها كمسائل كمسائل فرعية قريبة من الأصول وهذا ما حصل مع بقية الفقهاء الثلاثة، ومن يتأمل كلام الأصوليين في أمر الاستصلاح، والعمل بالمصالح وفق ما قلناه، نجد أن من قال اعتبار المصالح دليل مستقل في استنباط الأحكام للفروع، وانفرد به الإمام مالك فقد اصاب بذلك، ومن قال أن اعتبار المصالح موجودة في بقية المذاهب بتأصيل تلك الفروع وفق نوع من الاضطراب التي عانت منه المصالح ووضع الشروط والقيود ولم يجعله أصلا من الأصول المستقلة فقد اصاب

---

[1]) ينظر: ضوابط المصلحة، ص ٣٨٣.

[2]) ينظر: مقاصد الشريعة الإسلامية، ابن عاشور، ص ٥٥ وما بعدها.

[3]) تفسير المنار، محمد رشيد بن علي رضا بن محمد شمس الدين بن محمد بهاء الدين بن ملا علي خليفة القلموني الحسيني (المتوفى: ١٣٥٤هـ)، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٩٠ م، ١٦٥/٧.

[4]) الامور الاعتبارية التي ليس لها حقيقة في الواقع، وانما وجودها تابع لوجود الحقيقة مثل الزمان والمكان، فتلحق بها معان بسبب تعلقها بالحقائق.

[5]) مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، إمام دار الهجرة وأحد الأئمة الأعلام ومؤسس المذهب المالكي. عربي الأصل، من التابعين. ولد مالك بن أنس بالمدينة المنورة وعاش كل حياته بها ودفن بالبقيع١٧٩هـ. وأخذ الحديث عن ابن شهاب الزهري، وشيخه في الفقه ربيعة بن عبد الرحمن ـ المعروف بربيعة الرأي ـ قال الشافعي: مالك حجة الله على خلقه، شهد له جميع الأئمة بالفضل حتى قالوا: لا يفتى ومالك في المدينة. من أهم الكتب التي حفظت لمذهب الإمام مالك. المؤطا، والمدونه. ينظر: تذكرة الحفاظ، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قَايْماز الذهبي (المتوفى: ٧٤٨هـ)، دار الكتب العلمية بيروت-لبنانالطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ- ١٩٩٨م، ١٥٤/١، الأعلام للزركلي، ٢٥٧/٥.

بذلك[1]، ولهذا قال الإمام القرافي حكاية عن المذاهب الاربعة: "والذي جهل أمره هو المصلحة المرسلة التي نحن نقول بها، وعند التحقيق هي عامة في المذاهب"[2].

تنبيه: الفرق بين الاستحسان والاستصلاح:

الاستحسان يجري في مسألة لها نظير ولكنها استثنيت من حكم لدليل يوجب ذلك، بينما الاستصلاح يجري في واقعة ليس لها نظير في الشرع تقاس عليه، وانما يثبت الحكم فيها ابتداءً، فمحور المصلحة تدور حول وجود الوصف المناسب لتشريع الحكم عند المجتهد، بشرط أن الشارع لم يتعرض لها بالاعتبار ولا بالإلغاء، أي ليس هنالك نص أو اجماع ولا قياس في المسألة فيها، إذن فلا ترجع إلى أصل معين، ولكن الاستحسان هو عدول عن القياس الجلي إلى نظيره بدليل أقوى ظهر عن المجتهد لدقة علته وبُعدها عن الذهن، مراعاة المصلحة أو دفع مفسدة بواسطة القياس الخفي المسمى بالاستحسان، اذن فهو يرجع إلى أصل من أصول الفقه يقاس فيه الفرع الخفي على الأصل، لعلة جامعة بينهما[3].

---

[1]) ينظر: البحر المحيط، ٨/٨٣-٨٤.

[2]) ينظر: شرح تنقيح الفصول، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: ٦٨٤هـ)، المحقق: طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، الطبعة: الأولى، ١٣٩٣ هـ - ١٩٧٣م، ص٣٩٣.

[3]) ينظر: أصول الفقه الإسلامي، د. امير عبد العزيز، ١/٤٨٧.

المطلب الثاني

أقسام الاستصلاح

المراد بالاستصلاح عند علماء الأصول ربطه بالمعاني المناسبة للحكم الملائمة في تحقيق المصالح المقصودة من التشريع، حيث تنقسم المصالح باعتبار الأصل وبقيام الدليل على اعتباره وعدمه إلى ثلاثة أقسام[1]:

القسم الأول:ما شهد الشرع باعتباره، وهي التي قام على رعايتها دليل خاص من النص أو الإجماع، فهذه المصالح لا اشكال في صحتها ولا خلاف في اعمالها، ومن أمثلة هذا النوع هو ترك البيع وقت النداء للصلاة في يوم الجمعة، فالبيع مباح الا في هذه الوقت يصبح حراما، لشغله عن ذكر اللَّـــــه[2]، فهذه المصلحة حجة، لا إشكال في صحته، إذ المصلحة في هذا يرجع حاصلها، كما يقول الإمام الغزالي: "إلى الْقِيَاسِ، وَهُوَ اقْتِبَاسُ الْحُكْمِ مِنْ مَعْقُولِ النَّصِّ وَالإجماع"[3].

القسم الثاني: وما شهد الشرع برده، وهي المصالح التي في ظاهرها مصالح لفئة معينة، وفي حقيقتها مفاسد وأضرار، ولذلك ألغتها الشريعة، كالتسوية بين الأولاد في الميراث فهي مصلحة متوهمة مرفوضة لورود النص بالتفرقة بين الذكور والاناث، بدليل قوله تعالى: ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوۡلَـٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِ ﴾[4]، وهذا النوع من المصالح الذي لا سبيل إلى قبوله، ولا خلاف في إهماله بين المسلمين، وليست بحجة بل إنّ هذا النوع من المصلحة مما اتفق على إبطاله وامتناع التمسك به[5].

قال الإمام الشاطبي تعليقاً على هذا القسم: "مَا شَهِدَ الشَّرْعُ بِرَدِّهِ فَلَا سَبِيلَ إلى قَبُولِهِ، إِذِ الْمُنَاسَبَةُ لَا تَقْتَضِي الْحُكْمَ لِنَفْسِهَا، وَإِنَّمَا ذَلِكَ مَذْهَبُ أَهلِ التَّحْسِينِ الْعَقْلِيِّ، بَلْ إِذَا ظَهَرَ الْمَعْنَى وَفَهِمْنَا مِنَ الشَّرْعِ اعْتِبَارَهُ فِي اقْتِضَاءِ الْأحكام، فَحِينَئِذٍ نَقْبَلُهُ، فَإِنَّ الْمُرَادَ بِالْمَصْلَحَةِ عِنْدَنَا مَا فُهِمَ رِعَايَتُهُ فِي حَقِّ الْخَلْقِ مِنْ جَلْبِ الْمَصَالِحِ وَدَرْءِ الْمَفَاسِدِ عَلَى وَجْهٍ لَا يَسْتَقِلُّ الْعَقْلُ بِدَرْكِهِ عَلَى حَالٍ، فَإِذَا لَمْ يَشْهَدِ الشَّرْعُ بِاعْتِبَارِ ذَلِكَ الْمَعْنَى، بَلْ شَهِدَ بِرَدِّهِ، كَانَ مَرْدُودًا بِاتِّفَاقِ الْمُسْلِمِينَ"[6].

القسم الثالث:وهي ما سكتت عنه شواهد الشرع بالاعتبار والرد، فالتي دل دليل على مراعاتها وأهميتها فهي من المصالح المعتبرة كحفظ أمن المجتمع والدولة العادلة، والتي دل دليل على عدم اعتبارها ومراعاتها وأهميتها فهي من المصالح الملغاة كمصالح المرابين وأثاره المستقبلية المدمرة على المجتمع[7].

---

[1]) ينظر: المستصفى، ص ١٧٤.

[2]) ينظر: فتح الباري، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي - دار المعرفة – بيروت ، ١٣٧٩ه، ٣٥٤/٢ و ٣٩١.

[3]) المستصفى، ص ١٧٤.

[4]) سورة النساء: من الآية ١١.

[5]) ينظر: المصلحة الملغاة في الشرع الإسلامي وتطبيقاتها المعاصرة، الخادمي، ص ٨٥.

[6]) الاعتصام، ص ٦١٠.

[7]) ينظر: شرح مختصر الروضة، ٢٠٥/٣، البحر المحيط، ٨٣/٨، الفروق، ٧٢/٤، شرح التلويح على التوضيح، ٦/١، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، د. أحمد الريسوني، الدار العالمية للكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية - ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢م، ص ٢٦٨.

وكلامنا في هذا الموضع هو القسم الثالث، الذي تشمل المصالح والفوائد الجماعية والفردية التي لم يشهد فيها نص خاص لا لبطلانها ولا لاعتبارها، لان القسم الأول حجة ثابتة بورد النص بالاتفاق، والقسم الثاني هو استثمار الأحكام من الأصول الثابت المثمرة بالإلغاء ليست بحجة بالاتفاق[١]، فالنوعان الأوليان غير مشمولين بمصطلح الاستصلاح عند الأصوليين، فالتركيز ينصب على القسم الثالث، ما دام لم يرد فيه نص ويستوعب مصالح الأمة مهما كانت جديدة وحديثة إلى يوم القيامة، بشرط أن لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية الثابتة، وبهذا الضبط تصلح المصالح المرسلة لتصبح دليلاً معتبراً، وإلا فيحدث فيها اضطراب، وأفراط وتفريط، فمن خلال ما سبق تجد من أهمل الضوابط وأعطاها الحق، بينما تجد الفريق المضاد أهمل الأخذ بالاستصلاح ولم يجعل له دورا كبيراً، وكلا الفريقين مجاف للحق، فالمصالح معتبرة بشرط أن لا تتعارض مع نص ثابت[٢].

فمجال الرؤية الصحيحة التي يلتفت إليها المتعلقة بما يكلف بها المسلم، وتأخذ أحكاما شرعية، سواء كانت في العبادات أو العادات، فإنَّها تتضمن من خلال كونها معرفة تحقيق المصلحة ودرء المفسدة، ولكن الحِكَم والمصالح في الشعائر التعبدية ليست بالزيادة والنقصان، لأنَّ الأصل فيها التوقف، وإنما لبيان ما فيها من خير ومنافع للأمة، لانّ الدين كله خير، بدليل قول الله تعالى: ﴿ وَقِيلَ لِلَّذِينَ ٱتَّقَوْاْ مَاذَآ أَنزَلَ رَبُّكُمْۚ قَالُواْ خَيۡرٗاۗ لِّلَّذِينَ أَحۡسَنُواْ فِي هَٰذِهِ ٱلدُّنۡيَا حَسَنَةٞۚ وَلَدَارُ ٱلۡأٓخِرَةِ خَيۡرٞۚ وَلَنِعۡمَ دَارُ ٱلۡمُتَّقِينَ ﴾[٣]، فالأصل في العبادات عدم الالتفات إلى المعاني والبواعث، بخلاف العادات فأنَّه ينبغي أن يقف على البواعث ويلتفت إلى المعاني، وإذا نظرنا إلى الحديث النبوي الشريف وجدنا ذلك في العادات موجوداً، بقول النبي محمد صلى الله عليه وسلم: ((لاَ يَقْضِيَنَّ حَكَمٌ بَيْنَ اثْنَيْنِ وَهُوَ غَضْبَانُ))[٤]، فالعادات هو ما يتصل بمعاملة الناس فيما بينهم، بينما العبادات تنظيم العلاقة بين الإنسان وربه، وكلاهما ثابتان بالنظر والعمل والاستقراء في مجال الأخذ بالمصلحة المرسلة[٥].

---

[١]) ينظر: الاعتصام، ص ٦١٠، الْمُهَذَّبُ في عِلْمِ أُصُولِ الفِقْهِ الْمُقَارَنِ، عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، مكتبة الرشد – الرياض، الطبعة الأولى: ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩م، ١٠٠٩/٣.

[٢]) ينظر: أصول الفقه الإسلامي، وهبه الزحيلي، ٧٥٢/٢- ٧٥٤، المدخل إلى الاقتصاد الإسلامي، ص ١٨٣-١٨٦.

[٣]) سورة النحل: الآية ٣٠.

[٤]) صحيح البخاري، باب هل يقضي القاضي أو يفتي وهو غضبان، رقم الحديث ٧١٥٨، ٦٥/٩.

[٥]) ينظر: الموافقات، ٥١٣/٢.

المطلب الثالث: حجية الاستصلاح

بعد أن ذكرت حقيقة الاستصلاح وأقسامه، يجدر بنا ان نعرف شيئاً عن مذاهب الفقهاء في الاحتجاج بالاستصلاح، وقبل ان ادخل في صلب الموضوع، فمَن يتأمّل كلام الأصوليين في أمر الاستصلاح يجد أنَّ فيما ذكروه اضطرابا وغموضا وجدته من خلال قراءتي، واحببت أن أنوه للآراء التي ينسبونها إلى الائمة المجتهدين، فقد رأيت هنالك كلاماً متضاداً في بعض الكتب العلمية في آراء العلماء فيه، فبعضهم يقول ان الجمهور يقول بحجيته، ويقول الأخرون بعكس ذلك[1]، ولكني قبل ان أصل إلى حقيقة حجية الاستصلاح والقائلين به والمانعين، اردت ان اشير إلى انه ليس هنالك استصلاح مختلف فيه كما قال جماعة من المحققين المتعلق بروح الشريعة[2]، ومن خلال العبارات السابقة يمكن فهم الحقيقة الاتية، إنّ المخالفين لا ينكرون على البعض الآخر باعتباره مقصودا لفهم نص أو إجماع أو ضرورة؛ لأن ترك المصلحة بهذه الدلائل مستقبح بالاتفاق، وإنّما أنكروا على البعض ما لا يرجع إلى حفظ المفاهيم الثابتة فإنه ترك للقياس بالتشهي[3]، ويمكن القول في بداية الكلام ان التركيز منصب على الأسس والضوابط العامة لموضوع الاستصلاح، وللوصول إلى بيان تحديد المفهوم، فقد رأيت ان اقسم الموضوع إلى عدة أقسام للوقوف على هذه الجزئية، وفي سبيل ذلك قسمتُ هذا المطلب على أربعة أقسام تحتاج إلى شيء من التفصيل، تناولت في أوله مذهب النافين ومناقشتها، وثانيه أدلة المثبتين ومناقشتها، وثالثه التفصيل، وأبين في رابعه ما أراه من استدلال على حجية الاستصلاح، وبيان نقاط الالتقاء والافتراق فيما بينهما، لان طبيعة الإنسان منهم من يميل إلى التمسك والاحتياط، ومنهم من يميل إلى التيسير والتسهيل، ومنهم ذو الطبيعة المنبسطة، ومنهم ذو الطبيعة المنكمشة، ولا شك أن هذا التغيير يستلزم الاختلاف في الآراء.

وقد يمتنع بعض أهل العلم من أن يسمي هذا استصلاحاً، في حسب البعض أنه بعيد عنه، بل الأمر ليس كذلك، فالفقيه بحاجة إلى معرفة مقاصد الشريعة للاستفادة بحسب الاستعمال اللغوي وانتفاعها بالقواعد اللفظية وفقا للنقول الشرعية التي بها عمل الاستدلال الفقهي، ومما يدل على أخذه استكمالُ نظره في استفادة مدلولات الأدلة، كي لا يقع في التعارض مما يبطل دلالتها، فاذا استيقن ان الدليل سالم عن المعارض، سلك مسلك النظر في كيفية التثبت بالمعاني المرسلة المنوطة بالأحكام، فان عدمت التفتَ إلى الأصول مشبهاً[4]، فاحتياج الفقيه فيه ظاهر في هذه الانحاء كلها.

القسم الأول –القائلون بعدم حجية الاستصلاح وأدلتهم ومناقشتها

إنّ المصلحة المرسلة ليست بحجة مطلقاً، وهو مذهب الشيعة وبعض الشافعية، وهذا القول مبني على ما مرَّ من بناء الأحكام بالتشهي والهوى في دليل الاستحسان، فيمتنع الاحتجاج بها، ويتلخص اعتراض النافين بما يأتي:

١) إنّ المصالح إمّا ان تكون معتبرة وإما ان تكون ملغاة، إذن هي مترددة بينهما، فيمتنع الاحتجاج بها حتى يشهد لها شاهد يدل على أنها من قبيل المعتبر، وعلى هذا لا يمكن الحاقها بالمعتبر بأولى من الحاقها بالملغى، لسد باب الاهواء والشهوات، كما ذكره الإمام

---

[1]) ينظر: المستصفى ص ١٧٣، روضة الناظر وجنة المناظر، ٤٧٨/١، تنقيح الفصول، ص ٣٩٣ و ٤٤٨.

[2]) ينظر: أثر الادلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، د. مصطفى ديب البُغا، ٥٥٤/٢.

[3]) ينظر: نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، د. أحمد الريسوني، ص ٣٨ و ٧٠.

[4]) ينظر: البرهان في أصول الفقه، ١٦٣/٢.

عَضُد الدين الإِيجي بقوله: "المصالح المرسلة، مصالح لا يشهد لها أصل بالاعتبار في الشرع، وان كانت على سنن المصالح وتلقتها العقول بالقبول... ثم قال لنا ان لا دليل فوجب الرد"[1].

٢) ان الشارع قد حافظ على تحصيل المصلحة بأبلغ الطرق، فان الأخذ بالمصلحة يؤدي إلى النيل من وحدة التشريع، فلا يكون الحكم المستفاد منه حكماً شرعياً، لاستلزامه الاختلاف، والاختلاف منهي عنه، ويوضح ذلك قول الحلي[2] من الشيعة الامامية: "إنّ الحكم المنصوص على علته، متعد إلى كل ما علم ثبوت تلك العلة فيه بالنص لا بالقياس...أن الطرق التي يثبت القائسون التعليل بها سنة، ونحن نبين في كل واحد منها، انه لا يصلح الاستدلال به، على علية الوصف"[3].

٣) الدليل مستند إلى حكم شرعي، وفق أثر الأدلة المنصوص عليها، أو المستند إلى الإجماع، فلو اثبت المجتهد حكما مستندا إلى مصلحة دون دليل شرعي كان حكما بالعقل المجرد وهو مردود، لإهدار قدسية الأحكام الشرعية[4].

❖ **مناقشة النافين للاستصلاح مطلقاً:**

إنّ إثبات المصلحة لا يدل على الغاء حكم معتبر، فمما يغلب على الظن اعتبار المناسب المرسل، فيجب العمل به، لان الحكم للغالب الاعم، ولان الشارع راعى مبدا المصلحة، ورجح اعتبارها على الغائها وفق ضوابط وشروط، فيكون الاعتبار مظنوناً، والعمل بالظن واجب[5].

مجال العمل بالمصلحة المرسلة لا يتنافي مع مبدأ وحدة التشريع وعمومه، بل الأمر على العكس، وذلك لدفع الحرج وترتب الضرر لا يمكن الا عبر المصلحة المتيقنة لكل زمان ومكان، ودل على ذلك مجموعة من الأدلة بما يتفق مع المصلحة العامة[6].

إنّ الأخذ بالاستصلاح لا يعد من قبيل اتباع العقل المجرد، لأنّ هنالك أدلة قد دلت عليه بصراحة بعد استقراء النصوص وفتاوى الصحابة وعلماء الأمة، ولو لم نحتج بالمصلحة لفاتنا الكثير من الأدلة الثابتة كقواعد الأصول وصيغ العموم وخبر الآحاد ونحو ذلك، ثم أهل الفن اشترطوا للاحتجاج به قيوداً وشروطا للعمل وفق مقاصد الشرع في الجملة[7].

---

[1]) ينظر: شرح العضد على مختصر ابن الحاجب، ٢٨٩/٢.

[2]) هو جمال الدين الحسن بن سديد الدين يوسف بن زين الدين علي، بن المطهر الحلي، ولد سنة ٦٤٨ه، بعصر ما بعد الزحف المغولي، وانتهت رياسة الإمامية إليه في المعقول والمنقول في زمنه، وكانت نهاية المطاف ان انتقل من الدنيا سنة ٧٢٦ه، ومن اهم كتبه (آداب البحث، استقصاء الاعتبار، مبادئ الوصول إلى علم الأصول).

[3]) مبادئ الوصول إلى علم الأصول، ابو منصور جمال الدين الحسن بن يوسف الحلي (٦٤٨- ٧٢٦هـ)، تعليق وتحقيق عبد الحسين محمد علي البقال، دار الاضواء، الطبعة الثانية/ ١٤٠٦ه، ١٩٨٦م، ص ٢١٦- ٢٢٠.

[4]) ينظر: شرح العضد على مختصر ابن الحاجب، ٢٨٩/٢، منهاج الأصول، محمد ابراهيم الكرباسي، دار البلاغة، الطبعة الاولى/ ١٤١١ه، ١٩٩١م، ١٥١/٣- ١٥٢.

[5]) ينظر:الفروق، ١٠٧/٢ و ١٣٠، أصول الفقه الإسلامي، وهبه الزحيلي، ٧٦٢/٢.

[6]) ينظر: الْمُهَذَّبُ في عِلْمِ أُصُولِ الفِقْهِ الْمُقَارَنِ، ١٠١٢/٣.

[7]) ينظر: الإحكام في أصول الأحكام، ٢٨/٤، أثر الادلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، ص ٥٨.

القسم الثاني –القائلون بحجية الاستصلاح وأدلتهم ومناقشتها

نجد القول بوضح عند الإمام مالك بالتمسك بدليل الاستصلاح، ويعد أحد المصادر على الاطلاق الذي يعتمد بالاستدلال في الأمر المناسب، حيث استرسل في فهم مصالح المعاني، مع مراعاة مقصود الشارع أو اتباع المعنى المناسب الظاهر للعقول، بشرط ان لا يخرج عن النصوص ولا يناقض أصلا من الأصول، وملاحظ أنَّ كتب الأصول كلها تبين أنَّ الإمام مالك قال بالاستصلاح بل ذهب بعضهم بالقول إنّه وحده الذي اخذ به غير أنَّ الحقيقة ليست كذلك[1] . فهو فهو أمر معروف كما صرح به كثير من العلماء القدامى والمعاصرين، ولكي نؤكد أن حقيقة المصالح المرسلة موجودة في مؤلفات وأذهان الائمة المالكية، يقول الإمام القرافي: "ينقل عن مذهبنا أن من خواصه اعتبار العوائد والمصلحة المرسلة وسد الذرائع وليس كذلك... وأما المصلحة المرسلة فغيرنا يصرح بإنكارها ولكنهم عند التفريع نجدهم يعللون بمطلق المصلحة ولا يطالبون أنفسهم عند الفروع والجوامع بإبداء الشاهد لها بالاعتبار بل يعتدون على مجرد المناسبة وهذا هو المصلحة المرسلة[2]"، ويعد الاستصلاح دليلا مستقلا في أصولهم كالإجماع والقياس، ويتلخص أدلة العمل بالمصلحة المرسلة[3] بما يأتي:

١) أُثبتَ بالاستقراء فإنا نعلم أن الله تعالى أرسل رسله لتحصيل منفعة للبشرية، وقد تعينت تلك الفائدة بتتبع تلك الميزة باقترانها بجميع مصالح العباد، وكذا الأحكام الشرعية شرعت لتلك المصلحة، وكل ذلك يتبع فيها هذا الحكم بشرط قربه من معاني الأصول الثابتة، وهو ما صرح به الإمام القرافي على كونها حجة عملا بالاستقراء[4].

واعتبار جنس المصالح في جملة الأحكام، مما تُوجب ظن اعتبارها هذه المصلحة في تعليل الأحكام، لان العمل بالظن واجب، والدليل على اعتبار المصالح قوله تعالى:﴿ وَمَآ أَرۡسَلۡنَٰكَ إِلَّا رَحۡمَةٗ لِّلۡعَٰلَمِينَ [5] ﴾، ومقتضى الرحمة تحقيق مصالح الناس[6].

٢) مضمار العمل بالاستصلاح اذا كانت مصالح معقولة بنى المجتهد حكمه على ما أدركه عقله وفق حسن ما طالب به الشرع وقبحه، بناء على أن الاذن في الشرع يدور مع المصلحة اينما دارت، كان حكمه على اساس صحيح معتبر لدى الشارع.

وفي هذا النوع من التكليفات يكون الالتفات إلى المعاني والبواعث التي شرعت من اجلها الأحكام باتفاق الفقهاء في مجال المعاملات ومحاسن العادات ومكارم الاخلاق ونحوها، استنادا إلى مقاصد الشرع على نحو كلي، وهذا هو الاستصلاح عند الإمام مالك[7].

---

[1]) ينظر: الاعتصام، ص ٦٣١، أبحاث حول اصول الفقه تاريخه وتطوره، د. سعيد الخن، ص ١٨٧.

[2]) تنقيح الفصول، أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: ٦٨٤هـ)، المحقق: طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، الطبعة: الأولى، ١٣٩٣ هـ - ١٩٧٣م، ص ٤٤٨.

[3]) ينظر: الموافقات، ٢٨٥/٣، ارشاد الفحول، ١٨٤/٢، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، ص ٦١- ٧١.

[4]) ينظر: تنقيح الفصول، ص ٤١٦ و ٤٤٦.

[5]) سورة الحج: الآية ١٠٧.

[6]) ينظر: أبحاث حول اصول الفقه تاريخه وتطوره، د. سعيد الخن، ص ١٩١- ١٩٣.

[7]) ينظر: الموافقات، ٤٤٠/٣.

٣) الوقائع والأحكام التي نصَّ عليها نصٌ أو اجماع أو قياس، روعي فيها المصلحة والمنفعة للناس ودفع الضرر عنهم، فدّل ذلك على أنه اذا لم يوجد نص ولا اجماع ولا قياس، وكان فيها مصلحة غلب على الظن انها مطلوبة فينبغي التمسك حيثما وجدت، إعمالا بالمعنى الذي استند إلى أصل صحيح ثابت مناسب مطلوب للشرع[١].

ويثبت ذلك الوقائع والحوادث التي حدثت في زمن الصحابة رضي الله عنهم، تعاملوا معها حسب ما أدركته عقولهم في تحقيق المصلحة لبناء الأحكام والتشريع، والوقائع لا حصر لها وبعضها مشهورة كجمع القرآن وتضمين الصناع، ومنع القضاء في حالة الغضب[٢].

أن الاستصلاح هو بمثابة الميزان والمعيار للحاجات والضروريات[٣]، بحيث يحقق المصلحة المصلحة أو يتلاءم مع العرف اذا لم يحققها القياس، كما هو ثابت ومعلوم بما أفتى به الفـــاروق عـمـــــر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه وارضاه مع اتفاق الصحابة في عهده على حـد شارب الخمر ثمانين جلدة، وكان مستندهم المصلحة الداعية إلى المزيد من التعنيف والتأديب، بسبب تهاون الناس في ارتكاب شرب أم الخبائث، غير ان هذا المستند من المصلحة لا يوجد نص معين يدل عليه ولا شاهد من أصل يقاس عليه، فكان ذلك من قبيل المصلحة المرسلة[٤]، ولذلك قال قال الإمام علي: "فَإِنَّهُ إِذَا شَرِبَ سَكِرَ، وَإِذَا سَكِرَ هَذَى، وَإِذَا هَذَى افْتَرَى[٥]" فهي اذاً مصلحة مرسلة ملائمة لرد الفرع إلى الأصل لمعنى مناسب، فينبغي ان تراعى ليندرج تحتها قدر العقوبة في ذلك. فهذه امثلة كافية للاعتماد عليها في فهم موقف الصحابة من الاستصلاح، ولم يكونوا يترددون في بذل اقصى غاية الاجتهاد على ضوء المصالح الملائمة لتصرفات الشارع[٦].

ثم ننظر إلى زمن التابعين فنجد ذات الشيء، ولعل أوضح مثال على ذلك ما رواه أبن سعد[٧] سعد[٧] فقال: "عَنْ أَبِي هَاشِمٍ عَنِ الْبَخْتَرِيِّ أَنَّهُ جَاءَ إِلى شُرَيْحٍ فَقَالَ: مَا الَّذِي أحدثْتَ فِي الْقَضَاءِ؟ فَقَالَ: إِنَّ النَّاسَ قَدْ أَحدثُوا فَأَحدثْتُ"[٨].

---

[١]) ينظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (المتوفى: ٥٩٥هـ)، دار الحديث – القاهرة، الطبعة: بدون طبعة، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م، ١٨٢/٤.

[٢]) ينظر: المقدمات الممهدات، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: ٥٢٠هـ)، دار الغرب الإسلامي، الطبعة: الأولى، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨م، ٢٤٥/٢.

[٣]) ينظر: المدخل إلى الاقتصاد الإسلامي، ص ١٨٣- ١٨٤.

[٤]) ينظر: البحر المحيط، ٢٦٠/٢، مقاصـــــد الشريعة الإسلامية، ابن عاشـــــور، ص ٢٣٢، ضـــوابط المصلحة، ص ٣٥٧- ٣٥٨.

[٥]) شرح السنة، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي (المتوفى: ٥١٦هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط-محمد زهير الشاويش، المكتب الإسلامي - دمشق، بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م، ٣٣٢/١٠.

[٦]) ينظر: مقاصد الشريعة الإسلامية، ابن عاشور، ص ٢٤- ٢٥.

[٧]) هو محمد بن سعد بن منيع الزهري، مولاهم، أبو عبد الله: مؤرخ ثقة، من حفاظ الحديث. ولد في البصرة، وسكن بغداد، فتوفي فيها(١٦٨ - ٢٣٠ ه). وصحب الواقدي المؤرخ، زمانا، فكتب له وروى عنه، وعرف بكاتب الواقدي. قال الخطيب في تاريخ بغداد: محمد بن سعد عندنا من أهل العدالة وحديثه يدل على صدقه فإنه يتحرى في كثير من رواياته. أشهر كتبه (طبقات الصحابة). ينظر: الأعلام، ١٣٦/٦- ١٣٧.

[٨]) الطبقات الكبرى، محمد بن سعد بن منيع الهاشمي بالولاء، البصري، البغدادي المعروف بابن سعد، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية – بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٠ هـ - ١٩٩٠م، ١٨٣/٦.

ويتصل بهذا المنهج بدواعي الأخذ به ما رواه ابن عساكر[1]إلى علماء أهل الحديث، في اعتماد أهل فنه من وضع أسس في علم الجرح والتعديل، ونظروا في ذلك للحفاظ على سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، عندما وجدوا العبث يدب دبيبه في الامور الغيبية المتعلقة بيوم الحساب، وأول من جُمع كلامه في هذا الفن يحيى بن سعيد القطان، ليدل على ثبوت الرواية أو ردها[2]. وهذا كله مما لم يرد فيه نص من كتاب الله أو سنة رسوله صلى الله عليه وسلم، فلا حرج حرج في ذلك طالما بني على اساس الملائمة لتصرفات الشارع ومقصده، وان لم يجدوا شاهدا لذلك.

٤) التغير الحاصل بمختلف المراحل حسب تطور حياة البشر كالتقدم الاقتصادي، فالأحداث الجزئية لا حصر لها ولا نهاية، فتستوجب الامور الطارئة مراعاة لمصالح وفق تغير البيئات وتطورها مما لم تكن تستوجبها البيئة من قبل.

وعدم مواكبة التطور بسبب مظنة الغائها وفقدان عدم الدليل على اعتبارها يلحق بالمكلف حرجا شديداً، فلابد من ايجاد حل لمعالجة الإنكار بأسس موجودة مترابطة مع التشريع، فالأصول الجزئية التي تقتبس منها المعاني والعلل متناهية، والوقائع والحوادث لا حصر لها فلابد اذا من طريق يتوصل بها إلى إثبات الأحكام الجزئية تطبيقاً لمبادئ الشريعة السمحاء الأمرة بالعدل، والداعية إلى التيسير والتخفيف ورفع الحرج[3].

❖ **مناقشة المثبتين:**

يتبين من أدلة الاتجاه لحجية المصالح المرسلة مسلك الإمام مالك مسلكاً في الأخذ بهذا المبدأ، كشأنهم في دليل الاستحسان من الحنفية، ابتعادا عن التشهي بالهوى والتلذذ بالرأي، وهذه الاعتراضات لا مجال للخلاف فيه، وإنما هو مقيد ضمن قيود وضوابط معينة ستمرُّ علينا، إلا أن دائرة العمل بالمصالح المرسلة عند الإمام مالك أوسع مما عند غيره، وأنها دليلٌ وأصل قائمٌ بذاته، كما يظهر من كلام الإمام الشاطبي، إذ قال: "فَإِنَّهُ اسْتَرْسَلَ فِيهِ اسْتِرْسَالَ الْمُدِلِّ الْعَرِيقِ فِي فَهْمِ الْمَعَانِي الْمَصْلَحِيَّةِ، نَعَمْ مَعَ مُرَاعَاةِ مَقْصُودِ الشَّارِعِ أَنْ لَا يَخْرُجَ عَنْهُ وَلَا يُنَاقِضَ أَصْلًا مِنْ أُصُولِهِ، حَتَّى لَقَدِ اسْتَشْنَعَ الْعُلَمَاءُ كَثِيرًا مِنْ وُجُوهِ اسْتِرْسَالِهِ زَاعِمِينَ أَنَّهُ خَلَعَ الرِّبْقَةَ، وَفَتَحَ بَابَ التَّشْرِيعِ، وَهَيْهَاتَ مَا أَبْعَدَهُ مِنْ ذَلِكَ"[4].

ولكن ثبت مؤشر من تقديم المصلحة القطعية على النص أو تخصيصها بالنص الظني في ثبوته أو في دلالته، وبناء عليه الحكم بل وصل الحال إلى رد خبر الآحاد بزعمهم أنه تعارض مصلحة قطعية مع نص ظني، فيقدم القطعي.

ومن أهم الأدلة الكلية التي اعتبرت بتخصيص النص بالمصلحة القطعية عند الإمام مالك المظنة في الأحكام، معناه وفق استدلاله إقامة مظنة الشيء مقام نفس الشيء، وهذا المبدأ اعتبره الشارع واعطاه حكم الشيء نفسه، كمنع الخلوة بالمرأة الاجنبية لأنها مظنة للزنى المحرم، ومن الأحكام التي بنيت بتخصيص النص من خلال المصلحة المرسلة هي قبول شهادة الصبيان في

---

[1]) هو علي بن الحسن بن هبة الله، أبو القاسم، ثقة الدين ابن عساكر الدمشقي: المؤرخ الحافظ الرحالة، كان محدث الديار الشامية، ورفيق السمعاني (صاحب الأنساب) في رحلاته، مولده ووفاته في دمشق (٤٩٩ - ٥٧١ هـ) ومن اشهر كتبه (تبيين كذب المفتري في ما نسب إلى أبي الحسن الأشعري، معجم الصحابة، معجم النسوان). ينظر: سير أعلام النبلاء، ٢٤٧/١٥.

[2]) ينظر: ضوابط المصلحة، ص ٣٦٢.

[3]) ينظر: أصول الفقه الإسلامي، وهبه الزحيلي، ٧٦٣/٢.

[4]) الاعتصام، ص ٦٣١.

الجراح اذا كان ذلك قبل ان يتفرقوا أو يخببوا[1]أو يعلموا، فأجازه الإمام مالك تحت المصلحة الملائمة لجنس تصرفات الشرع مع مجموع الأدلة[2]، وان كان ظاهره يخالف الصيغة الواردة بوصف المسألة كالنص:﴿ وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ مِن رِّجَالِكُمۡ ﴾[3]، وقوله تعالى:﴿ وَأَشۡهِدُواْ ذَوَىۡ عَدۡلٖ مِّنكُمۡ ﴾[4]، فالآيتان تدلان بوضوح على اشتراط الشهادة، العدد والذكورية والعدالة، ولا تتحقق العدالة الا مع البلوغ.

ولوحظ من تعارض المصالح مع النصوص، فيعمل بهذا المبدأ في وجوب تقديم المصلحة العامة على الخاصة، وتُعد المصلحة حينئذ ملائمة لجنس تصرفات الشارع، وليست مصلحة حَكَمَ بها العقل أو الرأي، ومن الأحكام التي بنيت بتقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة بدليل النص من خلال المصلحة المرسلة، وملائمتها مع أصول وتصرفات الشارع التي اشتهرت نسبتها إلى الإمام مالك هي فرض العقوبة المالية على بعض الجنايات كالقول بقتل ثلث الأمة لاستصلاح ثلثيها ترجيحاً للكثرة[5]، وذكر ذلك الإمام الشاطبي بقوله: **"فَالْعُقُوبَةُ فِيهِ- في المال- عِنْدَهُ ثَابِتَةٌ. فَإِنَّهُ قَالَ فِي الزَّعْفَرَانِ الْمَغْشُوشِ إِذَا وُجِدَ بِيَدِ الَّذِي غَشَّهُ: إِنَّهُ يُتَصَدَّقُ بِهِ عَلَى الْمَسَاكِينِ، قَلَّ أو كَثُرَ. وَذَهَبَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَمُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونَ إِلى أَنَّهُ يُتَصَدَّقُ بِمَا قَلَّ مِنْهُ دُونَ مَا كَثُرَ، وَذَلِكَ مَحْكِيٌّ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ (رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ) ، وَأَنَّهُ أَرَاقَ اللَّبَنَ الْمَغْشُوشَ بِالْمَاءِ، وَوَجَّهَ ذَلِكَ التَّأْدِيبَ لِلْغَاشِّ. وَهَذَا التَّأْدِيبُ لَا نَصَّ يَشْهَدُ لَهُ لَكِنَّهُ مِنْ بَابِ الْحُكْمِ عَلَى الْخَاصَّةِ لأجل الْعَامَّةِ. وَقَدْ تَقَدَّمَ نَظِيرُهُ فِي مَسْأَلَةِ تَضْمِينِ الصُّنَّاعِ"[6].**

ومن الأصول التي طبقت رعاية المصلحة العامة وتقديمها على المجمع عليه، بحسب الظاهر مخالف، لما نقلوا الإجماع في الحقيقة، وبحسب الواقع صح الاعتماد فيه على المصلحة، وعلى أساس هذا المبدأ أجاز الإمام الشاطبي تولية امام غير مجتهد بمعرفة الأصول الشرعية اذا خلا العصر عن مجتهد، وكذا الجهاد مع ولاة الجور لسد الثغور وحماية الدين والبلاد والارواح والاموال والاعراض، ابتعادا عن الفتنة والفوضى وفق مبدأٍ مهم الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر حماية لمصلحة جميع المجتمع[7].

نذكر الآن مناقشة تحقيق الاستدلال في تعرض المصالح مع النصوص، ان اعتبار المظنة في الأحكام على اساس أصل شرعي، فهو ضعيف في ظاهره، قوي الحجة عند التأمل والتمحيص، لان المصلحة لا تقدم على النص وانما هو كثرة النصوص التي تشهد لهذه المصلحة الملائمة لجنس تصرفات الشارع كشهادة الصبيان المأخوذ من أصل اعتبره الشارع بحفظ الدماء وفق الاستقراء لمجموع الأدلة المفيدة للقطع المتعلقة بتحقيق المناط، والا تعد من المصلحة

---

[1]) الخبُّ بكسر الخاء الخدّاع، ومعناه يخدعوا. ينظر: المصباح المنير، الفيومي، ١٦٢/١.

[2]) ينظر: موطأ الإمام مالك، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، صححه ورقمه وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت – لبنان، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٥م، ٧٢٦/٢.

[3]) سورة البقرة: من الآية ٢٨٢.

[4]) سورة الطلاق: من الآية ٢.

[5]) ينظر: البرهان، ١٦٩/٢، الإبهاج في شرح المنهاج، ١٨١/٣،الاعتصام، ص ٦٢٢،حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، ٣٢٨/٢.

[6]) الاعتصام، ص ٦٢٢.

[7]) ينظر: الموافقات ، ٢٧/٢.

المجردة من عموم النص، فيستلزم الوقوف لئلا يقع الخلط والتخليط، فلا يجوز تخصيص شيء من الكتاب والسنة بالمصلحة المجردة، ولكن الواقع يأبى ذلك كما هو ثابت في فتاوى الإمام مالك[1].

أن الاجتهاد في هذا الأمر أيا كانت ثمرته لا تعارض النص ولا الإجماع، فمنها ما يتعلق بالتخصيص ومنها ما يتعلق بالدليل من ناحية الدلالة، ومنها ما يتعلق بفساد الزمان والابتعاد عن تحقق الحكم المجمع عليه كما هو الحال في وقتنا بعدم توفر ضوابط الحاكم، وان كان ظاهره مخالفا ولكن حقيقته الصواب واتباع المصلحة والابتعاد عن الفتن والاضطرابات الداخلية كتحريك الثارات العشائرية والاطماع الخارجية، ربما تؤدي إلى تمزيق المجتمع وعدم ارجاع الحقوق إلى أهلها، ويبين ذلك الإمام الشاطبي بقوله: إِذَا انْعَقَدَتِ الإمامةُ بِالْبَيْعَةِ أو تَوْلِيَةِ الْعَهْدِ لِمُنْفَكٍّ عَنْ رُتْبَةِ الِاجْتِهَادِ، وَقَامَتْ لَهُ الشَّوْكَةُ، وَأَذْعَنَتْ لَهُ الرِّقَابُ، بِأَنْ خَلَا الزَّمَانُ عَنْ قُرَشِيٍّ مُجْتَهِدٍ مُسْتَجْمِعٍ جَمِيعَ الشَّرَائِطِ، وَجَبَ الِاسْتِمْرَارُ"[2].

ويلاحظ ما شاع في زماننا بتبدل الأحكام بتبدل الزمان، وهذا لا يجوز اخذه على ظاهره، والا لتسببت في محو كثير من معالم التشريع الرافضة للأفكار المادية، فلابد من بناء الحكم اتباع ما يرضي الله سبحانه وتعالى وفق المعاني المتبادر منها وربطها بالشارع الحكيم.

القسم الثالث – تفصيل الأخذ بدليل الاستصلاح ومناقشتهم

قد اتفق هذا القسم بعدم الأخذ بالمصالح المرسلة بوصفها دليلاً مستقلاً أصلياً، الا انهم اختلفوا في القول بها في ميدان الاجتهاد ان كانت ملائمة لأصل شرعي كلي أو جزئي، على اتجاهين.

الاتجاه الأول: عدم اعتبار المصلحة المرسلة دليلا قائما بذاته مستقلا عن غيره من أدلة التشريع الإسلامي، ولكنهم ادخلوها في أدلة اخرى، كالقياس والعرف والاستحسان، وهو مذهب جمهور الحنفية وقول الإمام الشافعي وبعض المالكية وبعض الحنابلة[3].

لم يتعرض الإمام الاعظم أبو حنيفة رحمه الله في أصوله لدليل يسمى بالمصلحة، غير أن هذا لا يعني أنه لم يأخذ بالاستصلاح، فإنه يحتج بالاستحسان الذي سنده العرف والضرورة والمصلحة، هذه دليل يوضح أهمية المصلحة في فقهه وعموم اجتهاده[4].

حظ المصلحة في فقه الحنفية يكمن في دليلين هما الاستحسان والعرف كما أشرنا إليه، فمن البعيد عقلا ان يأخذوا بالاستحسان وينكروا الاستصلاح، وبناء على هذا قال الإمام السرخسي: "الاستحسان ... الأخذ بالسماحة وَابْتِغَاءُ مَا فِيهِ الرَّاحَةُ وَحَاصل هَذِهِ الْعِبَارَة أَنَّهُ تَرْكُ الْعُسْرِ لِلْيُسْرِ وَهُوَ أصل فِي الدِّينِ"[5]. فان معظم الأحكام التي اخذ بها الائمة الحنفية استصلاحا مخرج الاستحسان، كتضمين الصانع، وعدم تغريب الزاني، والعقد على شيء معدوم كالاستصناع، ووجوب الضمان في الاجير المشترك كما ثبت عند الصاحبين استحسانا، ومن المسائل التي قال بها امام المذهب اعتماداً على العرف تحت عنوان الاستصلاح، قوله بعدم توبة الزنديق اذا تاب

---

[1]) ينظر: أصول الفقه الإسلامي، وهبه الزحيلي، ٨١٢/٢.

[2]) الاعتصام، ص ٦٢٥.

[3]) ينظر: التقرير والتحبير، ٢٨٦/٣، الاعتصام، ص ٦٠٨، المحصول، للرازي، ١٦٨/٥، التحبير شرح التحرير، ٣٣٩١/٧، إرشاد الفحول، ١٨٥/٢.

[4]) ينظر: أبحاث حول اصول الفقه تاريخه وتطوره، د. سعيد الخن، ص ١٢٥ وما بعدها.

[5]) المبسوط للسرخسي، ١٤٥/١٠.

بعد القبض عليه، قال ابن عابدين: "أَنَّ السَّاحِرَ أو الزِّنْدِيقَ الدَّاعِيَ إذَا أُخِذَ قَبْلَ تَوْبَتِهِ ثُمَّ تَابَ لَمْ تُقْبَلْ تَوْبَتُهُ وَيُقْتَلُ"[1] .

وكذلك لم يعد الإمام الشافعي الاستصلاح دليلا مستقلا في أصوله، ولم يعتبره مستندا في اجتهاده، ولكن لا ينتج هذا أنه لم يأخذ به، بل كان يأخذ ويعتمد إلى مدى بعيد في المصالح المرسلة إلا كان لا يسميه بهذه التسمية بل كانت تنطوي ضمن دليل القياس[2]، وفي بيان هذه الفقرة قال رحمه الله: "وقد يمتنع بعض أهل العلم من أن يسمي هذا " قياساً " ويقول: هذا معنى ما أحل الله، وحرم، وحمِد، وذمّ، لأنه داخل في جملته، فهو بعينه، ولا قياسٌ على غيره. ويقول مثل هذا القول في غير هذا، مما كان في معنى الحلال فأُحل، والحرام فحُرم، ويمتنع أن يُسمَّى" القياس "إلا ما كان يحتمل أن يُشَبَّه بما احتمل أن يكون فيه شَبَهاً من معنيين مختلفين، فَصَرَفَه على أن يقيسه على أحدهما دون الآخر، ويقول غيرهم من أهل العلم: ما عدا النصَّ من الكتاب أو السنة، فكان في معناه فهو قياس"[3]،وقد نقل الإمام الجويني عن امام مذهبه اعتماده على المصالح المرسلة[4].فيمكن اعتبارهم ممن يأخذون بالاستصلاح ضمناً، وتتخلص الأمور وفق الحلول الأتية:

١) العمل بالمصالح المرسلة متفقون عليها، حسب القرائن والأمارات بتحقيق المحافظة على مقصود الشارع مع ملائمتها له، ويتبين ذلك بوضوح من كلام الإمام أبن دقيق العيد[5] بقوله: "لَسْت أُنْكِرُ عَلَى مَنْ اعْتَبَرَ أصل الْمَصَالِحِ، لَكِنَّ الِاسْتِرْسَالَ فِيهَا. وَتَحْقِيقَهَا يَحْتَاجُ إلى نَظَرٍ شَدِيدٍ رُبَّمَا خَرَجَ عَنْ الْحَدِّ الْمُعْتَبَرِ"[6]، فيدل بالاعتراف بالمصالح المرسلة على اساس صحيح معتبر لدى الشارع، فلم ينكرونها مطلقاً[7] .

٢) العمل بالمصالح المرسلة تتفاوت عند من يحتج بها، فمنهم يعمل وفق دائرة ضيقة عند غيره، بينما تجد الآخرين يعملون وفق دائرة أوسع، فالسند التي استمسك به الإمام الشافعي بالاحتجاج بالمصالح المرسلة على نحو كلي وان لم تستند إلى أصل جزئي، وهذا معنى كلام الإمام الزنجاني ما نصه: "ذهب الشَّافِعِي إِلى أَن التَّمَسُّك بالمصالح المستندة إِلى كلي الشَّرْع وان لم تكن مستندة إِلى الجزئيات الْخَاصَّة الْمعينَة جَائِز...وَاحْتج فِي ذَلِك بِأَن الوقائع الْجُزْئِيَّة لَا نِهَايَة لَهَا وَكَذَلِكَ أحكام الوقائع لَا حصر لَهَا وَالأصول الْجُزْئِيَّة الَّتِي تقتبس مِنْهَا الْمعَانِي والعلل محصورة متناهية المتناهي لَا يَفِي بِغَيْر المتناهي، فَلَا بُد إِذا من طَرِيق آخر يتَوَصَّل بهَا إِلى إثبات الْأَحْكَام الْجُزْئِيَّة وَهِي التَّمَسُّك بالمصالح المستندة إِلى أوضاع الشَّرْع ومقاصده على نَحْو كلي وَإِن لم يسْتَند إِلى أصل جزئي"[8]، فالنص

---

[1]) رد المختار على الدر المختار، ٦٣/٤.

[2]) ينظر: أبحاث حول اصول الفقه تاريخه وتطوره، د. سعيد الخن، ص ٢٠٦ وما بعدها.

[3]) الرسالة، ص ٥١٥.

[4]) ينظر: البحر المحيط، ٨٣/٨.

[5]) هو محمد بن علي بن وهب بن مطيع، أبو الفتح، تقيّ الدين القشيري، المعروف كأبيه وجده بابن دقيق العيد: العيد: قاض، من أكابر العلماء بالأصول، مجتهد. أصل أبيه من منفلوط (بمصر) انتقل إلى قوص، وولد له سنة ٦٢٥ه، صاحب الترجمة في ينبع (على ساحل البحر الأحمر) فنشأ بقوص، وتعلم بدمشق والإسكندرية ثم بالقاهرة. وولي قضاء الديار المصرية سنة ٦٩٥ هـ فاستمر إلى أن توفي (بالقاهرة)٧٠٢ هـ، له تصانيف، منها (إحكام الأحكام، الاقتراح في بيان الاصطلاح، شرح مقدمة المطرزي). ينظر: سير اعلام النبلاء، ٢٧٣/١٣.

[6]) البحر المحيط، ٨٨/٨.

[7]) ينظر: شرح مختصر الروضة، ٢١٣/٣، أصول الفقه الإسلامي، وهبه الزحيلي، ٧٦٦/٢.

[8]) تخريج الفروع على الأصول، ص ٣٢٠ و ٣٢٢.

يوضح لنا أنّ الإمام الشافعي يعتمد اعتمادا كليا على القياس باستخراج المعاني المناسبة، وهذا يعني أنه لم يكن يأخذ بالاستصلاح على اطلاقه[1]، بينما تجد الحنفية يتوسعون بالأخذ في المصالح المرسلة وفق شطرين هما الاستحسان والعرف، وبناء على هذا أن القدرة لجلب المصالح ودرء المفاسد تكون أوسع من غيرهم، وإليك ما يدل على ذلك، قول الإمام الكاساني[2]: " –حكم الاجارة- وَأَمَّا عَلَى أصلهِمَا –عند ابي يوسف ومحمد- فلان وُجُوبَ الضَّمَانِ فِي الْأَجِيرِ الْمُشْتَرَكِ ثَبَتَ اسْتِحْسَانًا صِيَانَةً لِأَمْوَالِ النَّاسِ، وَلَا حَاجَةَ إلَى ذَلِكَ فِي الْأَجِيرِ الْخَالِصِ؛ لِأَنَّ الْغَالِبَ أَنَّهُ يُسَلِّمُ نَفْسَهُ، وَلَا يَتَسَلَّمُ الْمَالَ فَلَا يُمْكِنُهُ الْخِيَانَةُ "[3]، فقد خرج الحكم وفق مخرج الاستحسان الذي يتضمن في جملته ما يتضمن الأخذ بالاستصلاح[4].

وأما العرف فقد جاء عن صاحب المذهب الإمام الأعظم ما نصه: "وكلامُ أبي حنيفة... يمضي الأمور على القياس، فإذا قبح القياس يمضيها على الاستحسان، ما دام يمضي له، فإذا لم يمض له رجع إلى ما يتعامل المسلمون به، وكان يوصل الحديث المعروف الذي قد أجمع عليه، ثم يقيس عليه ما دام القياس سائغًا، ثم يرجع إلى الاستحسان، أيهما كان أوفق رجع إليه"[5]، فهو شامل لدليل الرأي المستند إلى ما يعضده من المصالح التي شهدت أصول الشرع وقواعده العامة باعتبارها وفق اسس المذهب الحنفي[6].

وسار بعض الأصوليين الحنابلة وفق منهج الإمام الشافعي بعدم وصفها أصلا من أصول الاستنباط، بل يدخل تحت أصل القياس بمعناه الواسع الذي يشمل المصالح التي شهدت الأصول لجنسها بالاعتبار[7].

ومن الجدير بالذكر أنّ فقهاء الحنابلة لم يذكروا المصالح أصلاً من أصول الاستنباط، وان توسعوا في الأخذ به، بل صرح بعضهم بإنكار الاستدلال به، وعدم ذكره في أصول اجتهاده، لأنهم يرون أنه داخل في باب القياس الصحيح[8].

---

[1]) ينظر: البرهان في أصول الفقه، ١٦٣/٢.

[2]) هو أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاشاني أو الكاساني، فقيه حنفي، من أهل حلب. له (بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، السلطان المبين في أصول الدين)، توفي في حلب سنة ٥٨٧ه، ينظر :الأعلام، ٧٠/٢.

[3]) بدائع الصنائع، ٢١١/٤.

[4]) ينظر: البحر المحيط، ٨٥/٨.

[5]) ينظر: المدخل إلى دراسة المذاهب الفقهية، على جمعة محمد عبد الوهاب، دار السلام – القاهرة، الطبعة: الثانية - ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠١م، ص ٩٢.

[6]) ينظر: تيسير التحرير، محمد أمين بن محمود البخاري المعروف بأمير بادشاه الحنفي (المتوفى: ٩٧٢هـ)، دار الفكر – بيروت، ٣١٥/٣.

[7]) ينظر: اعلام الموقعين، ٢٨٧/٤،أبحاث حول اصول الفقه تاريخه وتطوره، د. سعيد الخن، ص ٢٦٤.

[8]) ينظر: روضة الناظر وجنة المناظر، ٤٨٢/١.

❖ **مناقشة المثبتين للوصف المناسب للاستصلاح:**

هذا الوصف لا خلاف في جواز التعليل به للاستقراء بان أحكام الشرع كانت لجلب المصلحة أو دفع المفسدة، ولكن من الذي يتصدر لهذه المهمة، بكيفية المحافظة على مقصود الشرع، فلسنا نعني بها أصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم، فلابد من تشريع الشارع في موازنة المصالح وتوزيع المنافع، بمعيار الشرع دون ان يجوز تركها لأهواء الأفراد وعقولهم الخاصة[1].

الاتجاه الثاني: عدم اعتبار المصلحة المرسلة دليلا قائما بذاته مستقلا عن غيره من أدلة التشريع الإسلامي، وانما تعتبر عندما تعتضد بالأصول الصحيحة ان كانت المصلحة ضمن قيودٍ محددة، كأن تكون ضرورية قطعية كلية، وهو رأي الإمامين الغزالي والبيضاوي[2] رحمهما الله، ويتلخص بما يأتي[3]:

١) مصلحة ضرورية: تنقسم المصالح باعتبار مرتبتها ثلاثة ضرورية وحاجيه وتحسينية، فقد اعتبر الضرورية احترازا عن المناسبات التي تكون في مرتبة الحاجة أو التحسينية، ثم بنى عليها رأيه في الاستصلاح فقال: "وَإِذَا عُرِفَتْ هَذِهِ الْأقسام فَنَقُولُ الْوَاقِعُ فِي الرُّتْبَتَيْنِ الْأَخِيرَتَيْنِ لَا يَجُوزُ الْحُكْمُ بِمُجَرَّدِهِ إنْ لَمْ يَعْتَضِدْ بِشَهَادَةِ أصل إلَّا أَنَّهُ يَجْرِي مَجْرَى وَضْعِ الضَّرُورَاتِ، فَلَا بُعْدَ فِي أَنْ يُؤَدِّيَ إليه اجْتِهَادُ مُجْتَهِدٍ، وَإِنْ لَمْ يَشْهَدْ الشَّرْعُ بِالرَّأْيِ، فَهُوَ كَالِاسْتِحْسَانِ. فَإِنْ اعْتَضَدَ بِأصل فَذَاكَ قِيَاسٌ وَسَيَأْتِي أَمَّا الْوَاقِعُ فِي رُتْبَةِ الضَّرُورَاتِ فَلَا بُعْدَ فِي أَنْ يُؤَدِّيَ إليه اجْتِهَادُ مُجْتَهِدٍ، وَإِنْ لَمْ يَشْهَدْ لَهُ أصل مُعَيَّنٌ"[4].

٢) مصلحة قطعية: أَنْ يَكُونَ الْجَزْمُ بِوُجُودِ الْمَصْلَحَةِ حَاصِلا، احترازا عن الظن البعيد عن القطعي بحيث اذا شككنا في تحصيلها، ولكن لا يبعد الظن القريب من الجزم في تحقيق المصلحة[5]، ثم مثل بصورة تحتاج إلى ملائمة باعتبار التحرز عن الوقوع في الخطأ، وهو وهو ما لو تترس العدو بجماعة من اسارى المسلمين، فيحتاج إلى اجتهاد مجتهد للإقرار في المسألة، ثم بين بقوله: "لِأَنَّا نَعْلَمُ قَطْعًا أَنَّ مَقْصُودَ الشَّرْعِ تَقْلِيلُ الْقَتْلِ كَمَا يَقْصِدُ حَسْمَ سَبِيلِهِ عِنْدَ الْإِمْكَانِ... فَهَذَا مِثَالُ مَصْلَحَةٍ غَيْرِ مَأْخُوذَةٍ بِطَرِيقِ الْقِيَاسِ عَلَى أصل مُعَيَّنٍ. وَانْقَدَحَ اعْتِبَارُهَا بِاعْتِبَارِ ثَلَاثَةِ أوصَافٍ أَنَّهَا ضَرُورَةٌ قَطْعِيَّةٌ كُلِّيَّةٌ"[6]، وهذا يدل بوضوح انهما يحتجان بالاستصلاح، ومما يؤكد سلامة هذا الفهم، أنّ الإمام الغزالي توسع في اعتبار المصالح وفق شروط أوسع مما ذكرناه، في موضع أخر ما دامت المصلحة ملائمة لأحكام الشارع ومقاصده[7].

٣) مصلحة كلية: أَنْ لَا تَكُونَ مَخْصُوصَةً بِبَعْضِ الْمُسْلِمِينَ دُونَ بَعْضٍ، لِئَلَّا يَلْزَمَ تَرْجِيحُ أحد الْجَائِزَيْنِ عَلَى الْآخَرِ، فلو أدى اجتهاد المجتهد لحكم لم يشهد له أصل معين، بالمثل الذي نقله الأصوليون عن الغزالي ما نصه: " وَلَوْ رَمَيْنَا التُّرْسَ لَقَتَلْنَا مُسْلِمًا مَعْصُومًا لَمْ يُذْنِبْ

---

[1]) ينظر: المنخول، ص ٤٦٣.

[2]) هو عبد الله بن عمر بن محمد بن علي الشيرازي، أبو سعيد، أو أبو الخير، ناصر الدين البيضاوي: قاض، مفسر، علامة. ولد في المدينة البيضاء، وولي قضاء شيراز مدة. وصرف عن القضاء، فرحل إلى تبريز فتوفي فيها (٦٨٥)ه، من تصانيفه " أنوار التنزيل وأسرار التأويل، نظام التواريخ" ينظر: الأعلام، ٤/١١٠-١١١.

[3]) ينظر: بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، ٣/١٢٣، البحر المحيط، ٨/٨٦.

[4]) المستصفى، ص ١٧٥.

[5]) ينظر: البحر المحيط، ٧/٢٧٧.

[6]) المستصفى، ص ١٧٦.

[7]) ينظر: المنخول، ص ٤٦٥.

ذَنْبًا وَهَذَا لَا عَهْدَ بِهِ فِي الشَّرْعِ... فَحِفْظُ جَمِيعِ الْمُسْلِمِينَ أَقْرَبُ إلى مَقْصُودِ الشَّرْعِ؛ لِأَنَّا نَعْلَمُ قَطْعًا أَنَّ مَقْصُودَ الشَّرْعِ تَقْلِيلُ الْقَتْلِ كَمَا يَقْصِدُ حَسْمَ سَبِيلِهِ عِنْدَ الْإِمْكَانِ، فَإِنْ لَمْ نَقْدِرْ عَلَى الْحَسْمِ قَدَرْنَا عَلَى التَّقْلِيلِ وَكَانَ هَذَا الْتِفَاتًا إلى مَصْلَحَةٍ عُلِمَ بِالضَّرُورَةِ كَوْنُهَا مَقْصُودَ الشَّرْعِ لَا بِدَلِيلٍ واحد وَأصل مُعَيَّنٍ بَلْ بأدلة خَارِجَةٍ عَنْ الْحَصْرِ"[1]، فالمقصود هو عدم استئصال كافة المسلمين بمبدأ كلية المنفعة[2].

❖ **مناقشة شروط الاستصلاح للإمام الغزالي ومن أيده[3]:**

الطريقة التي سلكها الإمام الغزالي في الواقع مخرجا المحترزات عن المصالح المرسلة التي يجوز الاستدلال بموجبها، فإن التوقف عند الشروط وعدم تعديتها لم يحل الاشكال، بسبب وقوع التعارض بين مصلحتين على اساس الحاجة ولا مفر عندئذٍ من الترجيح والأخذ بالأقوى منهما، فحصر الاعتبار وفق مراتب دون سواها لا معنى له، وهذا ما لم يرضَ به الإمام الغزالي عند تتبع مجموع كلامه بشكل منسجم، ومما يؤكد سلامة هذا الفهم أقرب ما يمكن أن يتلاءم مع كلامه في كتابه المنخول فقال: "كل معنى مناسب للحكم مطرد في أحكام الشرع لا يرده أصل مقطوع به مقدم عليه من كتاب أو سنة أو إجماع فهو مقول به وان لم يشهد له أصل معين"[4].

من أجل هذا لابد أن نعلم أن المصالح لم يحصر اعتبارها بل وسعت دائرتها وأدخل فيها الحاجيات والظنيات والأمور المشتركة فيما يلائم القواعد، لأننا نعلم الشروط التي ذكرت لم يحصل فيها خلاف بالاتفاق، فلا يمكن أن يعتبر رأيه أحد الاتجاهات في حكم الاستصلاح عن غير محل نزاع واضطراب وفي رأيي اذا عرفت هذا الاختلاف المنقول من الأصوليين لرأي الإمام الغزالي فيما اذا اعتمدَ وفق الشروط التي أوجزناها فيما سبق أو لم يعتمد عليها، فلابد من الرجوع إلى كلامه فهو الحد الفاصل بين الجميع فيما كتبه عن الاستصلاح، من غير الوقوف والاستمساك بالشروط التي ذكرت[5]، وبهذا نصل إلى ان الإمام الغزالي يوافق قول الاتجاه الثاني بمجمله في قبوله الاستصلاح وعدم اعتباره من الأصول الثابتة وهذا خلاصة كلامه ما نصه: "فَإِنْ قِيلَ: فَقَدْ مِلْتُمْ فِي أكثر هَذِهِ الْمَسَائِلِ إلى الْقَوْلِ بِالْمَصَالِحِ ثُمَّ أورَدْتُمْ هَذَا الأصل فِي جُمْلَةِ الأصول الْمَوْهُومَةِ، فَلْيُلْحَقْ هَذَا بالأصول الصَّحِيحَةِ لِيَصِيرَ أصلا خَامِسًا بَعْدَ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَالإجماع وَالْعَقْلِ؟ قُلْنَا: هَذَا مِنْ الأصول الْمَوْهُومَةِ، إذْ مَنْ ظَنَّ أَنَّهُ أصل خَامِسٌ فَقَدْ أَخْطَأَ؛ لِأَنَّا رَدَدْنَا الْمَصْلَحَةَ إلى حِفْظِ مَقَاصِدِ الشَّرْعِ، وَمَقَاصِدُ الشَّرْعِ تُعْرَفُ بِالْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَالإجماع. فَكُلُّ مَصْلَحَةٍ لَا تَرْجِعُ إلى حِفْظِ مَقْصُودٍ فُهِمَ مِنْ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَالإجماع وَكَانَتْ مِنْ الْمَصَالِحِ الْغَرِيبَةِ الَّتِي لَا تُلَائِمُ تَصَرُّفَاتِ الشَّرْعِ فَهِيَ بَاطِلَةٌ مُطَّرِحَةٌ"[6].

---

[1]) المستصفى، ص ١٧٥- ١٧٦.

[2]) ينظر: الإبهاج في شرح المنهاج، تقي الدين أبو الحسن علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام بن حامد بن يحيي السبكي وولده تاج الدين أبو نصر عبد الوهاب، دار الكتب العلمية – بيروت- ١٤١٦هـ، ١٩٩٥م، ١٧٧/٣- ١٧٨.

[3]) وممن ذهب إلى هذا الإمام الإيجي في شرحه لمختصر ابن الحاجب والإمام الكمال بن الهمام في التحرير وغيرهما واختاره البيضاوي في المنهاج. ينظر: الوصف المناسب لشرع الحكم، الشنقيطي، ص ٣٣٩.

[4]) المنخول، ص ٤٦٥.

[5]) ينظر: شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل، الغزالي، تحقيق حمد الكبيسي، إحياء التراث الإسلامي، مطبعة الارشاد/ بغداد، ١٣٩٠ه، ١٩٧١م، ص ١٨٨ وما بعدها.

[6]) المستصفى، ١٧٩.

القسم الرابع– الاشكالات من قول المختلفين على الاستدلال بالمصالح المرسلة

تكاد كلمة الفقهاء من زمن الخلفاء الراشدين إلى اصحاب المذاهب الفقهية تلتقي على ان القول بالاستصلاح أمر مستساغ وثابت بالقواعد العامة الكلية بمعانيه من حيث العمل به وتطبيقه في الفروع الفقهية، فلا يجوز ان يكون موضع نزاع للفهم الاصيل لتعارضه مع روح الشريعة، فالخلاف فيها ناتج عن اسباب اخرى، تتمثل في غالب الاحيان في تحقيق المناط لإقامة الحكم الشرعي عليه.

فهذا القسم يبحث عن إثبات نقطة الاختلاف والالتقاء وفق المقاصد الشرعية، فمن ناحية المُسلم فيه هو حصول الاضطراب لحديث الأصوليين بطبيعة الحال عن الاستصلاح، وبيان سبب الاختلاف الشكلي هي الأدلة التي توصل بها على ثبوتها أو عدمها[1]، ويبين الإمام الشاطبي بما ذكرتُ بقوله: "فَإِنَّ الْقَوْلَ بِالْمَصَالِحِ الْمُرْسَلَةِ لَيْسَ مُتَّفَقًا عَلَيْهِ، بَلْ قَدِ اخْتَلَفَ فِيهِ أهل الأصول عَلَى أَرْبَعَةِ أَقْوَالٍ"[2]، فالناظر في مقاصد الشريعة بحاجة إلى تعيين صفة المصلحة وذلك فيما يأتي:

١) اجتناب اضافة المصلحة المرسلة إلى الدليل العقلي المخالف لما اتفق عليه المسلمون، فلا يمكن الاستناد إليه والانفكاك عن الحكم الشرعي وما يتعلق به، فهذا باطل بالبداهة، فالتشريع الذي ينبغي رده هو الاستدلال المبني على الهوى والتشهي فيمتنع الاحتجاج بها لتعطيل النصوص وتغيير الشريعة[3].

٢) ترتب المصلحة المرسلة باعتبارها حكماً ملائماً لدليل ينطوي ضمن عموم العلاقة، آخذا بما لا دليل له، وقول بما لا شاهد من نص أو قياس ولم يكن شاهد على الغائها، فحينئذٍ لابد من قرائن وملائمة لقواعد الأحكام والا فترد، لأنه افتتح أمرا لا مستند له في الشرع[4]، ولاحظ الإمام الآمدي ذلك بقوله: "فَالْمَصَالِحُ عَلَى مَا بَيَّنَّا مُنْقَسِمَةٌ إلى مَا عُهِدَ مِنَ الشَّارِعِ اعْتِبَارُهَا، وَإلى مَا عُهِدَ مِنْهُ إِلْغَاؤُهَا. وَهَذَا الْقِسْمُ مُتَرَدِّدٌ بَيْنَ ذَيْنِكَ الْقِسْمَيْنِ، وَلَيْسَ إِلْحَاقُهُ بأحدهِمَا أولَى مِنَ الْآخَرِ، فَامْتَنَعَ الِاحْتِجَاجُ بِهِ دُونَ شَاهِدٍ بِالِاعْتِبَارِ، يُعْرَفُ أَنَّهُ مِنْ قَبِيلِ الْمُعْتَبَرِ دُونَ الْمُلْغَى"[5].

٣) أن يلغي المصلحة المرسلة وفق ترتيب مسألة تعتبر موافقةً لحكمٍ يلائمه فهو مردودٌ، فاذا غلبت المصلحة على المفسدة، يعتبر بالظن الظاهر وهو ما كانَ يظهر له صلى الله عليه وسلم، لأنَّ الأحكام تجري على الظواهر والله يتولى السرائر[6] وكما لاحظ الإمام الشاطبي هذه الفقرة بقوله: "إِنَّ كُلَّ أصل شَرْعِيٍّ لَمْ يَشْهَدْ لَهُ نَصٌّ مُعَيَّنٌ، وَكَانَ مُلَائِمًا لِتَصَرُّفَاتِ الشَّرْعِ، وَمَأْخُوذًا مَعْنَاهُ مِنْ أَدِلَّتِهِ؛ فَهُوَ صَحِيحٌ يُبنى عَلَيْهِ، ويُرجع إليه إِذَا كَانَ ذَلِكَ الأصل قَدْ صَارَ بِمَجْمُوعِ أَدِلَّتِهِ مَقْطُوعًا بهِ؛ لِأَنَّ الأدلة لَا يَلْزَمُ أَنْ تَدُلَّ عَلَى الْقَطْعِ بِالْحُكْمِ بِانْفِرَادِهَا دُونَ انْضِمَامِ غَيْرِهَا إليها كَمَا تَقَدَّمَ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ كَالْمُتَعَذِّرِ وَيَدْخُلُ تَحْتَ هَذَا ضَرْبُ الِاسْتِدْلَالِ

---

[1]) ينظر: الفروق، ٢٠٥/١.
[2]) الاعتصام، ص ٦٠٨.
[3]) ينظر: اصول الفقه الإسلامي، د. امير عبد العزيز، ٤٨٧/١.
[4]) ينظر: ضوابط المصلحة، ص ٤٠٨.
[5]) الإحكام في أصول الأحكام، ١٦١/٤.
[6]) ينظر: النووي شرح صحيح مسلم، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ) - دار دار إحياء التراث العربي – بيروت - الطبعة: الثانية، ١٣٩٢هـ، ١٦٣/٧.

الْمُرْسَلِ الَّذِي اعتمده مالك وَالشَّافِعِيُّ؛ فَإِنَّهُ وَإِنْ لَمْ يَشْهَدْ لِلْفَرْعِ أصل مُعَيَّنٌ؛ فَقَدْ شَهِدَ لَهُ أصل كُلِّيٌّ"[1].

أما ما كان من استدلالٍ مبني على تحصيل المصلحة مما ليس له في الشريعة نظير لا بالاعتبار ولا بالإلغاء، مع ملائمة للمصالح المعتبرة المشهور لها بالأصول لأصل كلي من أصول الشرع، أو لأصل جزئي جاز في بناء الأحكام عليها والا فلا[2].

والذي نجده هنا ان اثر اختلاف الفقهاء في الاستصلاح هو اختلاف لفظي، ولقد اتضح فيما مضى محل اتفاق اذا كانت ضرورية منضبطة فينبغي ما يترتب عليه محل اتفاق أيضاً، إلا أن دائرة العمل بالمصالح المرسلة من الناحية الموضوعية تجدها في كتب الفقهاء ضمن قيود وضوابط عند بعضهم وتجدها عند البعض الاخر أكثر استرسالاً، فهم متفقون في الأصل على الأخذ بمبدأ المصلحة المرسلة، وبذلك يرى بعضهم ان المصلحة متحققة في فرع من الفروع، بينما يرى البعض الاخر ان تلك المصلحة غير وافية الشروط أو مصلحة أخرى تعارضها، غير ان القدر المشترك بين هذين الفريقين أنهم يسمونه بالمصالح المرسلة استدلالاً، من حيث ان المجتهد يستدل بالمصلحة التي يراها على صحة الحكم الذي ينيطه بها[3]، كما يظهر من كلام الإمام ابن دقيق العيد، اذ قال: "لَسْت أُنْكِرُ عَلَى مَنْ اعْتَبَرَ أصل الْمَصَالِحِ، لَكِنَّ الِاسْتِرْسَالَ فِيهَا. وَتَحْقِيقَهَا يَحْتَاجُ إلى نَظَرٍ شَدِيدٍ رُبَّمَا خَرَجَ عَنْ الْحَدِّ الْمُعْتَبَرِ"[4]، ويؤكد ذلك أيضاً الإمام القرافي عندما قال: "وأما المصلحة المرسلة فالمنقول أنها خاصة بنا، وإذا افتقدت المذاهب وجدتهم إذا قاسوا وجمعوا وفرقوا بين المسألتين لا يطلبون شاهداً بالاعتبار لذلك المعنى الذي به جمعوا وفرقوا، بل يكتفون بمطلق المناسبة، وهذا هو المصلحة المرسلة، فهي حينئذ في جميع المذاهب"[5].

الخلاصة: ان العلماء يتفاوتون في مقدار الأخذ بها، فأكثرهم الإمام مالك ويليه الإمام احمد، ثم يليهما الإمام الاعظم، ثم الإمام الشافعي، وبذلك صرح الإمام ابن دقيق العيد باعتماد العلماء باعتباره دليلا في استنباطهم لاستخراج الأحكام، مع تفاوتهم في مقدار الأخذ بقوله: "الَّذِي لَا شَكَّ فِيهِ أَنَّ لِمَالِكٍ تَرْجِيحًا عَلَى غَيْرِهِ مِنْ الْفُقَهَاءِ فِي هَذَا النَّوْعِ، وَيَلِيهِ أَحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ. وَلَا يَكَادُ يَخْلُو غَيْرُهُمَا عَنْ اعْتِبَارِهِ فِي الْجُمْلَةِ، وَلَكِنْ لِهَذَيْنِ تَرْجِيحٌ فِي الِاسْتِعْمَالِ عَلَى غَيْرِهِمَا"[6].

---

[1]) الموافقات، ٣٣/١.
[2]) ينظر: قواطع الأدلة في الأصول، ١٦٠/٢، المستصفى، ص ٣١٥.
[3]) ينظر: المدخل إلى الاقتصاد الإسلامي، ١٧٧/١ وما بعدها.
[4]) البحر المحيط، ٨٨/٨.
[5]) تنقيح الفصول، ص ٣٩٤.
[6]) إرشاد الفحول، ١٨٤/٢.

المطلب الرابع

ضوابط العمل بالاستصلاح

ثبت بالاستقراء ان الله تعالى إنما بعث الرسل عليهم الصلاة والسلام لتحصيل مصالح العباد وتحقيقها، وجلب منافع للناس ودفع الضرر عنهم، وحوادثهم في ذلك كثيرة ومشهورة، وعلى هذا بني الاستحسان على ما مرّ ليشمل الاستصلاح في تعبير الأصوليين والفقهاء[1]، ولقد لوحظ لمناهج الاستنباط في الأخذ بالمصالح، وفق قيود تنفي محاذيره تابعا للهوى والشهوات، وتلك القيود هي المسمات بالضوابط، وسنذكر أهمها فيما يأتي:

(١) اندراجها في مقاصد الشريعة ولم يقم دليل شرعي على إلغائها.

يرد على هذا الاستعمال من ان صفة الضبط التام انما هي ثابتة لمجموعة من الضوابط، فلابد من الأخذ بعين الاعتبار هو تثبيت لقواعد الشريعة واركانه، بإقامة مقاصده ودرء الفساد الواقع أو المتوقع عليه، كي لا يقع الناس في حرج قد يفوت عليهم المطلوب فشرعت لحاجتهم، ودل ذلك بتتبع جزئيات المقاصد في الأحكام الشرعية المختلفة على انها كلها تدور حول حفظ الأصول من مبادئ الدين العقائدية والعبادية وحفظ النفس وحفظ المال من العقود والمعاملات ووسائل حفظ النسل وحفظ العقل، والأدلة في ذلك مستفيضة[2].

فتهيئة الخلق للحياة الحقيقة لا جرم ان له مقصداً هو معرفة الله وممارسة العبودية له، ثم بعد ذلك يأتي دور تنظيم جوانب الحياة وفق نظام حفظ الأصول[3]، ومن الأدلة على ما قلناه، ما رواه ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((مَنْ جَعَلَ الْهُمُومَ هَمًّا واحدا كَفَاهُ اللَّهُ هَمَّ دُنْيَاهُ، وَمَنْ تَشَعَّبَتْ بِهِ الْهُمُومُ لَمْ يُبَالِ اللَّهُ فِي أَيِّ أودِيَةِ الدُّنْيَا هَلَكَ))[4]،فيجب على المستنبطين ان ان يوجهوا انظارهم إلى الأوصاف الظاهرة المنضبطة، لتحديد الحكمة أو المصلحة أو درء المفسدة، وهو ما تتميز بها شريعتنا المنوطة بالانضباط، ولا يستثنى من ذلك أحكام قليلة[5].

(٢) عدم معارضة المصلحة للنصوص القطعية.

أن بناء الحكم على وجهة أنه المصلحة، برفع ضرر أو جلب نفع لا بأس به اذا لم يشرع الشارع للواقعة لها حكماً، ولم تتحقق فيها علة يعتبرها الشارع لحكم من أحكامه، ووجد فيها أمر مناسب لتشريع الحكم، لان من شأنه أن يدفع ضرراً أو يجلب نفعاً، فهذا الأمر المناسب يسمى بالمصلحة[6]، ومن ذلك ما رواه عروة عن عمرو بن العاص رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: ((إِنَّ اللَّهَ لاَ يَنْزِعُ العِلْمَ بَعْدَ أَنْ أَعْطَاكُمُوهُ انْتِزَاعًا، وَلَكِنْ يَنْتَزِعُهُ مِنْهُمْ مَعَ قَبْضِ العُلَمَاءِ بِعِلْمِهِمْ، فَيَبْقَى نَاسٌ جُهَّالٌ، يُسْتَفْتَوْنَ فَيُفْتُونَ بِرَأْيِهِمْ، فَيُضِلُّونَ وَيَضِلُّونَ))[7].

فالمصلحة لابد أن تستند إلى أصل تقاس عليه بجامع بينهما، فالنصوص منها ما هو قطعي الدلالة فحكمه ثابت من غير ترجيح واجتهاد، ومنه ما هو ظني الدلالة فمهمته الامعان في تحديد

---

[1]) ينظر: مقاصد الشريعة الإسلامية، ابن عاشور، ص ١٣٣ وما بعدها.

[2]) ينظر: أثر الادلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، د. مصطفى ديب البُغا، ٥٨/٢.

[3]) ينظر: ضوابط المصلحة، ص ١٢٠.

[4]) حديث صحيح، ينظر: المستدرك على الصحيحين، رقم الحديث ٣٦٥٨، ٤٨١/٢.

[5]) ينظر: مقاصد الشريعة الإسلامية، ابن عاشور، ص ١٣٤.

[6]) ينظر: ضوابط المصلحة، ص ١٢٩ وما بعدها.

[7]) صحيح البخاري، باب ما يذكر من ذم الرأي وتكلف القياس، رقم الحديث ٧٣٠٧، ١٠٠/٩.

مدلولاته، بشرط ان لا يخالف دلالة النص الواضحة أو يعارض جميع دلالات الظاهر المحتملة، فبذلك يوقع نفسه بالاجتهاد الباطل، فلا سبيل للاجتهاد الا بعد معرفة علة النص أو ضبط مدلولاته أو الترجيح بين احتمالاته أو الكشف عن عمومه أو مخصصاته.

فمقتضى القرينة تستوجب علينا العمل بظاهر النص والأخذ بها، فان معاني النصوص ومنطوقاتها القريبة أولى واجدر بالاعتبار فضلا عن حرمة تركها واهمالها، ما لم تقم قرينة من الشرع أو العقل أو العرف العام أو اللغة تخرجه عن ظاهره، فالذين يحتجون بالبحث عن روح التشريع والنصوص لابد حينئذٍ من هذه القرائن الاربع وإلا كان مجرد تخيل لا تستند إلى أصل تقاس عليه، فيجب في تلك الحالة اعماله بظاهر اللفظ من حيث التركيب ولا يحل صرفه عن السياق. وعلى سبيل المثال جواز اخذ المضطر من مال الغير عنوة وقت الضرورة للحفاظ على مصلحة الكليات الخمس الضرورية، وهذا لا يعارض قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[1]، فظاهر الآية الشمول لكل أنواع الاموال، الا انه يوجد دليل داخل في حيز الاجتهاد في مثل تلك الحالات، كما في قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةَ وَٱلدَّمَ وَلَحْمَ ٱلْخِنزِيرِ وَمَآ أُهِلَّ بِهِۦ لِغَيْرِ ٱللَّهِ ۖ فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾[2]، وبهذا تم جواز اخذ المال عند الاضطرار قياسا على جواز اكل الميتة للمضطر، اعمالاً للدليلين على وجههما الشرعي، وهذا داخل في ضمن تخصيص العام، وهو عائد إلى اجتهاد الأصولي في فهمه وعلمه، للوصول إلى روح النص[3].

وبيان ذلك للنصوص القطعية أيضا ما هو حاصل في الاجتهاد بالنسبة بعموم السنة المطهرة، والمقصود بعدم معارضة المصلحة لهذا النوع الذي يعد من المصادر الاساسية، فليس موضوعنا الولوج في بيان تفاصيل السنة من تقسيماتها، فالبحث فيه واضح لا يحتاج إلى بيان، والذي يعنينا إلى مزيد توثيق وايضاح ما يتصل بموضوعنا بعدم معارضة المصلحة للسنة المطهرة، ومن أمثلة ذلك ما ورد في الصحيحين، "فَلَمَّا أَمْسَى النَّاسُ الْيَوْمَ الَّذِي فُتِحَتْ عَلَيْهِمْ -اي خيبر-، أوقَدُوا نِيرَانًا كَثِيرَةً، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((مَا هَذِهِ النِّيرَانُ، عَلَى أَيِّ شَيْءٍ تُوقِدُونَ)) قَالُوا: عَلَى لَحْمٍ، قَالَ: ((عَلَى أَيِّ لَحْمٍ؟)) قَالُوا: عَلَى لَحْمِ حُمُرٍ إِنْسِيَّةٍ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((أَهْرِقُوهَا وَاكْسِرُوهَا)) فَقَالَ رَجُلٌ: يَا رَسُولَ اللَّهِ أَو نُهَرِيقُهَا وَنَغْسِلُهَا؟ قَالَ: ((أو ذَاكَ»))"[4]، فواضح من السياق ان الحكم يدل دلالة واضحة على كسر القدور، إلا ان هذا الظاهر ليس حكما مستقلا، وانما هو أمر اقتضته سياسة التبليغ والحزم والمحذور في فجوة كاد تفتح منفذا على المسلمين وهو اكل الممنوع، فلما رأى النبي تجاوب الصحابة رضي الله عنهم

---

[1]) سورة النساء: من الآية ٢٩.

[2]) سورة البقرة: الآية ١٧٣.

[3]) ينظر: ضوابط المصلحة، ص ١٣٤- ١٤٠.

[4]) صحيح البخاري، باب غزوة خيبر، رقم الحديث ٤١٩٦، ١٣٠/٥، صحيح مسلم، باب غزوة خيبر، رقم الحديث ١٢٣(١٨٠٢)، ١٤٢٧/٣.

مع أصل المسألة وهو إهراق اللحم، جاءت المسامحة بالأمر الثاني فكان بدل الكسر الغسل لتفاعل الصحابة مع أصل ما دعاهم إليه[١].

فينبغي أن نعلم ان العمل بالمصلحة ألا تتعارض نصا قاطعاً، أو ظاهراً أو دليلا لغويا أو يعارض الضوابط القطعية التي لا تخضع للاجتهاد، كعطاءاته صلى الله عليه وسلم أن يعطي من يشاء من المال ما يشاء.

(٣) أن تكون المصلحة معقولة في ذاتها:

هو مراعاة مصلحة المساواة بناء على أصل في علة حكمة منصوص عليه، يتعلق هذا الضابط بالأمور القياسية التي اعتبرها الشارع، ومن هنا نعلم ان مصلحة القياس لابد ان تستند إلى دليل اعتبره الشارع، حيث ترتكز النسبة بين مصلحة القياس والمصلحة المطلقة الوصف المناسب بواسطة النص عليه، وربما تفوق المصلحة على القياس في بعض الاحيان عند وجود المؤثر الملائم لجريان حكم الشارع مع خلوه عن دليل معارض له أو أصل معتبر يجمع بينهما يقاس عليه[٢].

فمجال العمل بالاستصلاح ينحصر في معاملات الناس من قبيل العادات بالالتفات إلى المعاني والبواعث التي شرعت لهذه الحوادث من الأحكام استنادا إلى مقاصد الشرع على نحو كلي[٣]، فالمجتهد اذا توصل على ما ادركه عقله من نفع أو ضرر لمسألة لا حكم للشارع فيها، بناء على ما أوجبه الشارع من مصالح معقولة يدرك العقل فيها حسنها، كان حكمه على اساس صحيح معتبر لدى الشارع[٤].

ولا يعنينا ان نخوض في تفاصيل شروط اعمال القياس واركانه، لأنني لستُ بصدد ذلك، ولكني أشرتُ ما لابد منه لفهم ما ينبغي ان يفعله الفقيه عند تعارض أنواع من المصالح، فالمقصود بمحل التعارض هو تحديد المكان أو الحيز الذي يقع فيه تقديم المجتهد لأحد الدليلين الظنيين المتعارضين على الاخر ليعمل به[٥].

فهاهنا يجيئ دور المجتهد لينظر في الآثار التي يبدو منها أحكام خفيت عللُها ومقاصدها في تشريع المعاملات، وكما يجوز له أن ينظر إلى الاحوال العامة في الأمة التي وردتْ تلك الآثار عند وجودِها من غير التمسك بمسلك الوهم لخروجه بتحديد الحكمة والمقصد، ويتم الاستدلال على صحة هذا الضابط بمسلكين هما[٦]:

١. سبق ان قلنا عدم التعارض بمعناه الحقيقي بينهما بحال ما، فمثلا لا يقع التعارض بين قطعي وظني، لان الأمر القطعي لا يمكن ان يقابله الا الخطأ، والمظنون لا يمكن ان يقابله الا الوهم[٧].

---

[١]) ينظر: ضوابط المصلحة، ص ١٧١- ١٧٢.
[٢]) ينظر: أبحاث حول اصول الفقه تاريخه وتطوره، د. سعيد الخن، ص ١٩٢.
[٣]) ينظر: مقاصد الشريعة الإسلامية، ابن عاشور، ص ٤٦ وما بعدها.
[٤]) ينظر: الإحكام في أصول الأحكام، ١٦٠/٤.
[٥]) ينظر: نهاية السول شرح منهاج الوصول، ص ٣٧٥.
[٦]) ينظر: ضوابط المصلحة، ص ٢٣٥.
[٧]) ينظر: الإحكام في أصول الأحكام، ٢٤١/٤، كشف الاسرار، ٩/٣، البحر المحيط، ٣٣٢/٧، الأصل الجامع لإيضاح الدرر المنظومة في سلك جمع الجوامع، حسن بن عمر بن عبد الله السيناوني المالكي (المتوفى: بعد ١٣٤٧هـ)، مطبعة النهضة، تونس، الطبعة: الأولى، ١٩٢٨م، ٦٦/٣.

٢. ميزان الاعتبار هو ثبوت صحة الطرف الاقوى، بمقتضى النظر بعين الاعتبار عدم مخالفتها النصوص القطعية، لأن لنا اليقين بأن أحكام المصادر القطعية كلها مشتملة على مقاصد الشارع، مع احتوائها علل التشريع ومقاصدها ظاهرها وخفيّها[١].

(٤) أن لا يؤدي اعتبارها إلى تفويت مصلحة أهم منها أو أكد منها أو مساوية لها.

أن المقصود بمراعاة المصلحة قائمة على اساس مصالح العباد، حينما تقضي بتقديم الاهم منها على ما هو دونه، فهذا هو الميزان لإثبات الدليل الشرعي في مواظبة الفوائد والمصالح ونتائجها، فإذا علمت هذه فلا يجوز ترجيح مصلحة على اخرى اذا كانت مشكوكة أو موهومة الوقوع، فلابد ان تكون المصلحة مقطوعة الحصول أو مظنونة، فأساس الاعتبار هو رجحان حصول الفائدة والمنفعة وعدم التعارض مع عامة الأحكام.

فمن ذلك قول سيدنا النبي صلى الله عليه وسلم: ((الْإِيمَانُ بِضْعٌ وَسَبْعُونَ - أو بِضْعٌ وَسِتُّونَ - شُعْبَةً، فَأَفْضَلُهَا قَوْلُ لَا إِلَهَ إِلَّا اللهُ، وَأَدْنَاهَا إِمَاطَةُ الْأَذَى عَنِ الطَّرِيقِ، وَالْحَيَاءُ شُعْبَةٌ مِنَ الْإِيمَانِ))[٢]، فالحديث يبين أن المصالح التي اتى بها هذا الدين متفاوتة في العلو والرتبة، وهنالك فوائد ومنافع متفاوتة في الجملة مندرجة في العلو والنزول بينهما حسب مدى القرب والبعد إلى كل منهما[٣].

فينبغي على الباحث أن يطيل التأمل والتفكر للتثبت في إثبات مقصد شرعي، فعليه أن لا يعين مقصداً شرعياً الا بعد استقراء تصرفات الشريعة في النوع الذي يريد انتزاع المقصد الشرعي منه، فعليه ان لا يتساهل أو أن لا يتسرع في ذلك، لان في استنباطه تتفرع عنه أدلة وأحكام كثيرة، فخطئه فيه خطر عظيم[٤].

وإن الباحث اذا نظر إلى المصالح بوجهها العام وجدها تتفرع لجوانب عدة، منها ما يؤدي إلى معرفة مراتبها التي تنقسم إلى مقاصد ضروريات ومقاصد حاجيات ومقاصد تحسينيات، ومنها ما يؤدي إلى زمن تحققها التي تنقسم إلى مقاصد عاجلة أو دنيوية يقابلها مقاصد آجلة أو أخروية، ومنها ما يؤدي إلى اعتبار الأصالة التي تنقسم إلى مقاصد أصلية ومقاصد تابعة، ومنها ما يؤدي إلى اعتبار الغاية التي تنقسم مقاصد هي وسائل لغيرها ومقاصد غائية، ومنها ما يؤدي إلى اعتبار العموم والخصوص أو الكلية والجزئية التي تنقسم إلى مقاصد عامة أو كلية ويقابلها مقاصد خاصة أو جزئية[٥].

---

[١]) ينظر: مقاصد الشريعة الإسلامية، ابن عاشور، ص ٥٠.

[٢]) صحيح مسلم، باب شعب الايمان، رقم الحديث ٥٨(٣٥)، ٦٣/١.

[٣]) ينظر: قواعد الاحكام في مصالح الانام، ص ٣٢.

[٤]) ينظر: مقاصد الشريعة الإسلامية، ابن عاشور، ص ٢٢.

[٥]) لما كانت معرفة اقسام المقاصد مما يفيد المكلف أحببتُ ان أتطرق مع التمثيل لها للتوضيح من غير تفصيل لذلك، فباعتبار مراتبها قلنا ثلاثة، فإما ضرورية المتعلقة بحفظ الكليات الخمس، وإما الحاجيه كإظهار شعائر الاسلام وإما تحسينية كآداب الاكل والشرب، وباعتبار زمن تحققها قلنا قسمين، فإما عاجلة كالإيمان باركان الايمان في الدنيا، وإما آجلة هو ثواب الله والجنة في الاخرة، وباعتبار الاصالة قلنا قسمين، فإما باعتبار الأصلية كالاعتقاد العيني أو القيام بمصالح عامة المسمى بالكفائي، وإما باعتبار التابعة كالاستمتاع بالمباحات بالتعاون مع الغير بالصناعة والزراعة، وباعتبار الغاية قلنا قسمين، فإما وسائل لغيرها كتعلم علوم الألة وسيلة لمقصد وهي معرفة الاحكام، وهذه ايضا وسيلة لمقصد وهي التعبد لله كما ينبغي، وهي ايضا وسيلة لغاية وهي رضا الله، فاتضح انها مقاصد ووسائل نسبية، وإما الغائية أو تسمى مقصودا في نفسه كمعرفة الله تعالى، وباعتبار العموم والخصوص قلنا قسمين فإما كلية كالعبادات وإما جزئية كأحكام القضاء.

المبحث الثاني

أثر الاستصلاح في استنباط المعاملات المصرفية المعاصرة

توطئة

لقد أوضحنا فيما سبق بشأن الاستصلاح وما يتفرع منه من أنواع وضوابط وآراء الأصوليين حتى وصلنا إلى رأي سائغ وفق ما وجدناه في كتب أصول الفقه، والذي نحن الان بصدده هو ابتكار أساليب مناسبة لدراسة في استنباط الحكم الشرعي لواقعة معاصرة، ونازلة مستجدة، نظراً لوجود الحاجة إلى التعامل بها من قبل المؤسسات المالية المصرفية، للوصول إلى تأصيل وتفصيل حكمها الفقهي، وبيان مدى حاجة الناس إلى التعامل بها في هذا العصر[1].

وسأحاول ان أسلط الضوء إلى المعاملات المصرفية المعاصرة وربطها بدليل الاستصلاح من الناحية الموضوعية، على صعيد المنهج العلمي، بغية الوقوف على أثر الاستصلاح في الكشف عن الأحكام الشرعية المتعلقة بهذه المعاملات المصرفية المعاصرة .

وتضمن هذا المبحث مطلبين

فأما المطلب الأول: فسألقي الضوء فيه على الأسهم وأنواعها في المصارف والاحكام المتعلق بها، ثم أبين أثر الاستصلاح في استنباط حكم الأسهم.

وأما المطلب الثاني فسألقي الضوء فيه على السندات، وكيفية التعامل بها عن طريق الاسواق المالية، مع ذكر مفهومها من حيث التعريف والتقسيم والتباين فيما بينها.

المطلب الأول: أثر الاستصلاح في الأسهم

يتناول هذا المطلب حقيقة الأسهم عند اللغويين للتعرف على مفهومها الاصطلاحي، والتأمل في تصور مفهومها عند علماء الاقتصاد وما إلى ذلك من حقائق ذات الصلة بجزئيات الأسهم، ثم التطرق إلى حقيقته المصرفية المعاصرة، تمهيداً لتصريح حكمها وذلك بذكر التعريفات وبيان خصائصها وطريقة تأسيسها، وبعض الجوانب المتعلقة بإدارتها وتطبيقها وفق مجال القول بالاستصلاح على مقتضى رفع الحرج أو المصلحة أو الحاجة.

---

[1]) ينظر: بحث مقدم لندوة الاقتصاد الإسلامي، د. عبد العزيز الخياط، معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد، ١٤٠٣هـ- ١٩٨٣م، ص ١٩٣.

الفرع الأول: تعريف الأسهم

يتضمن هذا المطلب مفهوم السهم عند علماء الاقتصاد، وللتعرف على مفهومها الإسلامي يجب معرفة التعريف اللغوي والقانوني لها.

أولاً: تعريف السهم لغةً: يطلق السهم في اللغة على معانٍ عدة منها:

١. النصيب: وجمع السهم هو السُّهمان، وهو حق الشريك في الشركة، فقد ساهمه أي قاسمه وأخذ سهماً أي نصيباً، كما ثبت معناه على شركة المساهمة[١].
٢. العود: الذي يكون في طرفه نصل يرمي به عن القوس، وجمعه السِّهام[٢].
٣. القدح: الذي يلعب به أو الذي يقارع به، فيقال أسهم بينهم أي أقرع، وساهمه أي باراه ولاعبه فغلبه، جاء في القران الكريم: ﴿ فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ ٱلْمُدْحَضِينَ ﴾[٣]، أي قارع بالسهام فكان من المغلوبين[٤].

قال ابن منظور[٥] "السَّهْم فِي الأَصل: واحد السِّهام الَّتِي يُضْرَب بِهَا فِي المَيْسِر وَهِيَ القِداح ثُمَّ سُمِّيَ بِهِ مَا يَفُوزُ بِهِ الفالِجُ سَهْمُهُ، ثُمَّ كَثُرَ حَتَّى سُمِّيَ كُلُّ نَصِيبٍ سَهْماً، وَتُجْمَعُ عَلَى أَسْهُم وسِهام وسُهمان، وَمِنْهُ الْحَدِيثُ: "مَا أَدري مَا السُّهْمانُ"[٦]. فالسهم في اللغة إذن يطلق على معانيٍ، أبرزها الحظ والنصيب من مجموعة الأنصبة. وهو المراد في بحثنا.

ثانيا: تعريف السهم في اصطلاح الاقتصاد الوضعي: يطلق على معنيين هما:

١. الصك: الذي يعطي للشريك إثباتاً لحقه، فهو يمثل جزءاً من راس مال الشركة، يزيد وينقص تبع رواجها، يثبت حقوقه كشريك[٧]. وقد عرِّف وفقاً لهذا المعنى بأنه: **"صك يمثل حصة في رأس مال شركة مساهمة، أو أحدى شركات الأموال"**[٨].

---

[١]) ينظر: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (المتوفى: ٣٩٣هـ) - مادة سهم، دار العلم للملايين – بيروت - الطبعة: الرابعة ١٤٠٧، ١٩٥٦/٥، المعجم الوسيط، ابراهيم مصطفى وآخرون - باب السين - مجمع اللغة العربية بالقاهرة - دار الدعوة، ص ٤٥٩.

[٢]) ينظر: لسان العرب، ٥٥٦/٢.

[٣]) سورة الصافات: الآية ١٤١.

[٤]) ينظر: تفسير النسفي، أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود حافظ الدين النسفي (المتوفى: ٧١٠هـ)، حققه وخرج أحاديثه: يوسف علي بديوي، راجعه وقدم له: محيي الدين ديب مستو، دار الكلم الطيب، بيروت- الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م، ١٣٦/٣.

[٥]) هو محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى الإفريقى، صاحب (لسان العرب): الإمام اللغوي الحجة. من نسل رويفع بن ثابت الأنصاري ٦٣٠ - ٧١١ هـ، ولد بمصر (وقيل: في طرابلس الغرب) وخدم في ديوان الأنشاء بالقاهرة. ثم ولي القضاء في طرابلس.وعاد إلى مصر فتوفى فيها، ومن ابرز كتبه لسان العرب. ينظر: الأعلام، ١٠٨/٧.

[٦]) حديث صحيح على شرطهما ولم يخرجاه، ينظر: المستدرك على الصحيحين، رقم الحديث ٢٥٣٠، ١٢٣/٢.

[٧]) ينظر: احكام التعامل في الاسواق المالية المعاصرة، د. مبارك بن سليمان بن محمد آل سليمان، ص ١١٤.

[٨]) إدارة البنوك وصناديق الاستثمار وبورصات الأوراق المالية، د. محمد سويلم، دار الهاني للطباعة، ص ٢٦٨.

٢. النصيب: هو الذي يمثل الاسهم في مجموعها رأس مال الشركة وتكون متساوية القيمة، اذاً يعتبر الجزء الذي ينقسم على قيمته مجموع رأس مال الشركة المثبت في صك له قيمة اسمية، فهو حق الشريك في شركة الاموال[١]. وقد عرِّف السهم وفقاً لهذا المعنى بأنه: "حصة الشريك في الشركة، ممثلة بصك قابل للتداول"[٢]، وقد عُرف أيضاً وفقاً لهذا المعنى المعنى بأنه: "هي الورقة التي تمثل حق المساهم في تملك جزء من الشركة، وتحول له حق الادارة، سواء عن طريق عضويته في الجمعية العمومية للمساهمين أو عن طريق مجلس الادارة، ويمنح نصيباً من الارباح على قدر مساهمته في الشركة "يمثل الحصص التي يقدمها الشركاء عند المساهمة في مشروع الشركة، سواء أكانت حصصاً نقديةً أم عينيةً، ويتكون رأس المال من هذه الأسهم"[٣].

ثالثاً: تعريف السهم في اصطلاح الاقتصاد الإسلامي:

١. يقول الدكتور محمد علي القري: "السهم حصة شائعة في موجودات الشركة"[٤].
٢. يقول الدكتور حسين حامد: "حق مالي قبل الشركة يتيح لحامله حق الحصول على حصة من الارباح والمشاركة عند تصفيتها بنسبة ما يملكه من أسهم"[٥].
٣. يقول الدكتور وهبه الزحيلي: " عبارة عن صكوك متساوية القيمة، غير قابلة للتجزئة، وقابلة للتداول بالطرق التجارية، وتمثّل حقوق المساهمين في الشركات التي أسهموا في رأس مالها"[٦].

وأحب ان أشير لشيءٍ مهم وهو من الصعب تعريف السهم تعريفاً ثابتاً لا علاقة له بالزمن، فقد انتشر التعبير بالسهم في كل ما استعمل قيمةً للأشياء التي يحددها القانون وذلك لتسهيل توزيع الارباح على المساهمين وتنظيم سعر الاسهم في السوق المالي، وتحديد مسؤولية الشركاء بحسب قيمة السهم.

والآن نبدأ بالتعقيب على التعريفات التي مرت آنفاً، فالرأي الذي تبناه الدكتور القري لا يشمل جميع مسؤولية الشركة بل تؤدي إلى توليد شخصية مستقلة عن حملة الاسهم وإلى عزل الملكية كما هو متحقق في شركة العنان، ولكنه ليس كذلك في شركة المساهمة الحديثة، حيث اغفل أهم عنصر، وهو تملك المساهم بنفسه تلك الموجودات، فهو يملك سهماً في الشركة، اعتمادا وفقاً للقواعد التنظيمية المستمدة من القوانين، بينما عبر بحصة شائعة في موجوداتها[٧].

---

[١]) ينظر: بحث مقدم لندوة الاقتصاد الإسلامي، د. عبد العزيز الخياط، ص ١٩٧.
[٢]) القانون التجاري، د. عزيز العكيلي، مكتبة دار الثقافة، الاردن/ عمان، ١٩٩٧م، ص ٢٨٠.
[٣]) ينظر: الاسهم والسندات واحكامها في الفقه الإسلامي: د. احمد بن محمد الخليل، دار ابن الجوزي – الرياض، الطبعة الثانية/ ١٤١٦ه، ص٤٧.
[٤]) الشخصية الاعتبارية ذات المسؤولية المحدودة، د. محمد علي القري، بحث منشور في دراسات اقتصادية اسلامية، سنة ١٤١٩ه، المجلد الخامس / العدد ٢.
[٥]) مكونات الأسهم وأثرها على تداولها، د. حسين حامد، بحث مقدم إلى ندوة البركة العشرين للاقتصاد الإسلامي، ماليزيا/ ١٤٢٢ه، ص ٤٦.
[٦]) الفقه الإسلامي وادلته، د. وهبه الزحيلي، ١٩٩/٣.
[٧]) ينظر: بحث مقدم لندوة الاقتصاد الإسلامي، د. عبد العزيز الخياط، ص ١٩٧- ١٩٨.

ومن جانب آخر يتبين من خلال كلامه لمفهوم السهم، ان حامله في الشركة المساهمة ليس له الحق في ان يتصرف بأي أصل مملوك للشركة، ولا يملك جزء من أصول الشركة، لأنه لا يملكها، ولان موجودات الشركة مملوكة للشركة وليست للمساهمين[1]، لكن واقع شركات المساهمة اليوم يوضح لنا حقيقة مخالفته للواقع مفادها، ان البيع يصاحبه قبض الوثيقة التي تسمى سهماً وهذا يكفي لتحقيق القبض، ثم لا توجد شركة الا ولها اصناف من الاسهم وليس نوعا واحدا فحسب، وعند شراء المساهم الاسهم يصبح مالكاً وليس شريكاً فقد نصت القوانين العالمية على جواز بيع الاسهم بالمزاد عند انشاء الشركة[2].

ويرى الدكتور حسين حامد أن السهم حق مالي يتيح لحامله حق الحصول على الارباح وحق المشاركة في موجودات الشركة بنسبة ما يملكه، مع منع حق التصرف في الموجودات، لان الشركة المساهمة هي المالكة لموجوداتها، كما تتمتع الشركة بذمة مالية مستقلة عن ذمم المساهمين فيها، ولذلك يتحمل حامل السهم التزامات ويتمتع بحقوق وفقاً لقانون الشركة، باعتبارها أن لها ذمة مالية مستقلة عن شخصية وذمته المساهم[3]، ثم توصل الدكتور حسين إلى "أن تداول أسهم الشركة المساهمة يجوز اذا توافرت في الشركة نفسها شروط الشركة الشرعية بصرف النظر عن طبيعة مكونات موجوداتها، فقد تكون نقوداً أو ديوناً فقط، أو اعيانا أو منافع أو حقوقاً فقط، أو مجموعاً من هذه الاموال زادت فيه الديون والنقود على الاعيان والمنافع أو قَلَّتْ، ذلك ان تداول السهم والتصرف فيه لا ينصب على هذه الاموال وانما ينصب على هذا الحق"[4].

فالرد على ذلك، لو نظرنا بدقة إلى تكييف بان الشركة هي المالكة لموجوداتها ولها حق التصرف باعتبار الحفاظ وفق الارتباط الإيجابي، لان الشركة لا ارادة حقيقية لها، وانما فرضتها الضرورات القانونية، لتعيين جانب التنظيمية والادارية على الشركة بمسؤولية محدودة، اضافة إلى أن هذه الامور ترجع فائدتها للمشاركين، للاطمئنان في السلوكيات لتحقيق عدم ضياع جميع اموالهم[5].

وباعتبار ان الشركة لها ذمة مستقلة وما نتج عنها، تمتْ بحكم القانون لأجل مصالح الدولة والحفاظ على امنها واستقرارها وعدم اثارة الفوضى عند فقدان الضوابط المنظمة، ومصلحة والمساهمين الذين دخلوا وقبلوا بهذا القيد الذي تبنى على اساسه الاشتراك في الحقوق والالتزامات، ومن هنا يتبين ان الفارق ليس مؤثراً في صميم الشركة وكينونتها الاساسية، فيجوز التنازل عن حقه في الادارة، حينما لا يحسن أحد الشركاء التصرف[6]، أو كون أحد الشركاء مضارباً لا يجوز للشريك الاخر التدخل في امور التصرفات الخاصة بالشركة، وقد بين القول في ذلك الإمام ابن قدامه المقدسي بقوله: "أَنْ يَشْتَرِكَ مَالَانِ وَبَدَنُ صَاحِبِ أحدهِمَا. فَهَذَا يَجْمَعُ شَرِكَةً

---

[1]) ينظر: الشخصية الاعتبارية ذات المسؤولية المحدودة، د. محمد علي القري، ص ٤٧.

[2]) ينظر: مبدأ الرضا في العقود، د، علي محيي الدين القره داغي، دار البشائر الإسلامية، الطبعة/الاولى، ١٩٨٥، ١/٣٥٠- ٣٥١.

[3]) ينظر: أثر الديون ونقود الشركة أو المحفظة على تداول الاسهم والصكوك والوحدات الاستثمارية، د، علي محيي الدين القره داغي، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، جدة السعودية، ١٤٢٤ه، ص ٤٩- ٥٠.

[4]) مكونات الأسهم وأثرها على تداولها، د. حسين حامد، ص ٤٨- ٤٩.

[5]) ينظر: بحث مقدم لندوة الاقتصاد الإسلامي، د. عبد العزيز الخياط، ص ١٩٩.

[6]) ينظر: الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ٣١٩/٢.

وَمُضَارَبَةً، وَهُوَ صَحِيحٌ. فَلَوْ كَانَ بَيْنَ رَجُلَيْنِ ثَلَاثَةُ آلَافِ دِرْهَمٍ، لِأحدهِمَا أَلْفٌ، وَلِلْآخَرِ أَلْفَانِ، فَأَذِنَ صَاحِبُ الْأَلْفَيْنِ لِصَاحِبِ الْأَلْفِ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيهَا عَلَى أَنْ يَكُونَ الرِّبْحُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ، صَحَّ"[١].

والمقصود ان الشركة تتمتع بحقوق وفقا للقانون، باعتبار ان لها شخصية وذمة مالية مستقلة، فقد جاء هذا الشرط بناء وفق المجالات الاقتصادية الخاضع للتصويت والترشيح، فهي من الامور الادارية التي يجوز تنظيمها باتفاق الاطراف أو العرف السائد أو النظام القائم، وليس هذا من الشروط المخالفة لمقتضى الشركة ولا لنصوص الشرع[٢].

يعد تعريف الدكتور وهبه الزحيلي لمفهوم السهم اقرب التعريفات إلى الواقع، فالسهم يمثل جزءاً من رأس مال الشركة، وصاحبه مساهم، ويتصف السهم بتساوي القيمة الاسمية، ويقصد بذلك أن إصدار الشركة المساهمة من الأسهم العادية تكون أسهما متساوية القيمة ، ولا يجوز إصدار أسهم عادية عن نفس المؤسسة بقيم مختلفة، وهي قابلة للتداول بالطرق التجارية حيث توفر هذه الخاصية للسهم مرونة كبيرة في سوق الأوراق المالية تجعل بالإمكان التنازل عنه بالطرق التجارية دون الحاجة لإبلاغ الشركة المصدرة أو قبولها بها، فيكون السهم قابلا للتظهير[٣].

وبالنسبة إلى عدم قابلة السهم للتجزئة بان يتعدد مالكو السهم الواحد[٤]، الا في حالة واحدة عن طريق الارث، ولكن يمنع من ادخال أكثر من اسم، فلابد أن يختاروا أحدهم لينوب عنهم في استعمال الحقوق المتصلة بالسهم، ففي هذه الحالة يجب من شخص يمثل مجموع المشتركين، حسب القانون العراقي.

لذلك نشير إلى خلاصة التعريفات: حيث يمثل السهم وثيقة مستقلة تعطي للمساهم، وتتضمن المعلومات الخاصة بالشركة مثل اسم مصدره، ومقدار مالها وتبعيتها، ومركزها الرئيسي، ورقم السهم وقيمته الاسمية، واسم صاحبه إن كان سهماً اسمياً، أو يكتب فيه أنه لحامله، يبين فيها مقدار أسهمه وقيمتها، ومقدار ما دفعه منها إلى أن تسدد كامل القيمة[٥].

---

[١]) المغني، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ)، مكتبة القاهرة، ٥/٢٠.

[٢]) ينظر: أثر الديون ونقود الشركة أو المحفظة على تداول الاسهم والصكوك والوحدات الاستثمارية، ص ٥١.

[٣]) وهو التوقيع على ظهر الوثيقة، فيعتبر دليلا على أن صاحبها قد تنازل عن مبلغها لغيره، ويعتبر بمثابة قبضٍ للأعيان، فيتم بواسطتها نقل ملكية الورقة التجارية لمستفيدٍ جديدٍ أو توكيله أو استيفائها. ينظر: بحوث في قضايا فقهية معاصرة، القاضي محمد تقي العثماني، دار القلم – دمشق، الطبعة: الثانية، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م، ص ٢٤.

[٤]) ينظر: منهج استنباط احكام النوازل الفقهية المعاصرة، مسفِر بن علي بن محمد القحطاني، ص ٦٠١.

[٥]) ينظر: الاسهم والسندات واحكامها في الفقه الإسلامي، الخليل، ص ٤٨.

يستفاد من التعريفات السابقة اشياء متعددة أهمها:

١. أن الأسهم تعتبر وسيلة للتمويل، وذلك أن الشركات تقوم بعملية نداء عام للادخار بهدف جمع الاموال اللازمة لاستثمار الشركة.

٢. تكون مساهمات المدخرين على شكل اسهم تضمن لحاملها الحق في تلقي قسم من الارباح كل حسب مساهمته.

٣. تعد الاسهم قوة شرائية عامة.

الفرع الثاني

أقسام الأسهم

يمكن تقسيم الأسهم لأنواع مختلفة، لكن ما يهمنا هو تقسيم الأسهم على أساسين هما، نوع محرم تحريماً، ونوع فيه النقاش والتفصيل والخلاف، وقبل ان ادخل في صلب الموضوع، احببت أن أنوه إلى أن بعض الباحثين أطلقوا اختلاف العلماء المعاصرين حول الاسهم مطلقاً دون تفصيل، ولم يتعرض لتفصيل أنواعه ولم يبين كيفية تخريج الحكم فيها على مقتضى الشريعة، بل اعتمادا على ما فهم من آراء أو تصريح بذلك في الشركات بصورة عامة، وهذا الاطلاق لا ينبغي الركون إليه، إذ وجدتُ من خلال قراءتي، هنالك كلاماً متضاداً في بعض الكتب العلمية في آراء العلماء فيه، فبعضهم يقول ان بعض العلماء يقول بإباحته، ويقول الأخرون بالتفصيل من ذلك[1].

النوع الأول: أسهم شركات نشاطها واضح في المحرمات: وهي اسهم الشركات التي يكون نشاطها محصوراً في الامور المحظورة كالتعامل الربوي والخمور وبيع الحشيش وبيع لحوم الخنزير ونحوها.

فهذه الاسهم جميعها لا يجوز إنشاؤها، ولا المساهمة في إنشائها، ولا التصرف فيها بالبيع والشراء ونحوهما، وهذا المبدأ الذي لا يجوز تجاوزه، ولا ينبغي التوقف فيه، فلابد ان يكون العقد على مقتضى قواعد العدل التي قررها الاسلام فلا ظلم ولا ضرر ولا ضرار، ولا مشارب تفسد العقول، ولا مطاعم تفسد الطباع، والتعامل بالغذاء الخبيث مثل الميتة والخنزير[2].

ومن الجدير بالذكر ان الأصوليين عندما قالوا بالمصلحة لم يفتحوا الباب على مصراعيه لاعتبارها بل وضعوا شروطا وقيودا لغلق باب الاهواء ومنع الاستغلال، ومن تلك إلغاء ما شهد الشرع ببطلانه، لان في حقيقتها مفاسد ومضار ولذلك الغتها الشريعة مثل مصالح المرابين التي الغاها الله بالنصوص القطعية، أو ما علم إلغاؤه وثبت رده من الشارع باعتباره ضرر محض ومفسدة مطلقة وخبيث واضح فهو حرام كالحشيش والقمار[3].

---

[1]) ينظر: بحوث في الاقتصاد الإسلامي، ص ١٧٤، بحث مقدم لندوة الاقتصاد الإسلامي، د. عبد العزيز الخياط، ص ٢٠١.

[2]) ينظر: المصلحة الملغاة في الشرع الإسلامي وتطبيقاتها المعاصرة، الخادمي، ص ١٧- ١٨.

[3]) ينظر: بحث مقدم لندوة الاقتصاد الإسلامي، د. عبد العزيز الخياط، ص ٢٠٢- ٢٠٣.

وقد أخذ بهذا الضبط من قوله تعالى: ﴿ يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْخَمْرِ وَٱلْمَيْسِرِ ۖ قُلْ فِيهِمَآ إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَٰفِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَآ أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا ۗ وَيَسْـَٔلُونَكَ مَاذَا يُنفِقُونَ قُلِ ٱلْعَفْوَ ۗ كَذَٰلِكَ يُبَيِّنُ ٱللَّهُ لَكُمُ ٱلْـَٔايَٰتِ لَعَلَّكُمْ تَتَفَكَّرُونَ ﴾[١]، فقد أوضح الله تعالى هنا منهج التشريع بانه تابع للأكثر والأقوى، فعلينا أن نتبعه في الاجتهاد بقدر الامكان[٢].

النوع الثاني: أسهم نشاطها غير واضح في المحرمات: وهذا النوع ينبثق منه اتجاهين، ولكن سأشير إلى أهمها مع استيعاب قدر الامكان مختلف الاتجاهات فيما يأتي:

الاتجاه الأول: أسهم لشركات قائمة على شرع الله:

تناول معظم العلماء المحدثين موضوع الاسهم تناولا تمثل ثمن الشركة، فهي انصبة في راس المال فيغنم حاملها في حالة الربح، ويغرم في حالة الخسارة فليس فيها مخالفة للشرع، حيث رأس مالها حلال، وتتعامل بالحلال، وينص نظامها وعقدها التأسيسي على أنها تتعامل في حدود الحلال، فهذا النوع من أسهم الشركات سواء كانت تجارية أو صناعية أو زراعية، فالاشتراك فيها عرضة للربح والخسارة، وهي في الحقيقة حصص المشتركين في رأس المال، ولذلك جاز اصدارها[٣].

فالأسهم التي تقوم على الحلال وتتبع الشركات التي تمتنع عن مزاولة أي نشاط محرم، وتتوفر فيه قواعد الشركة من المشاركة في الاعباء وتحمل المخاطر، فهي حلال ويجوز انشاؤها والتصرف فيها، لان ذلك كله داخل في عموم التصرفات المباحة في المعاملات التي اجازها الشارع للمالك في ملكه، امتثالاً لقوله تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ ﴾[٤].

الاتجاه الثاني: أسهم لشركات الشبهات ورجحان التهمة بسبب عدم الالتزام بالقيود الشرعية:

وهي الاسهم التي ليست لشركات تتعامل بالمحظورات كالنوع الأول، ولا لشركات قائمة على الحلال كالاتجاه الأول من النوع الثاني، وانما هي اسهم أُثير حولها بعض الملحوظات كالجهالة، فعند شرائها أو بيعها لا يعلم المشتري علماً تفصيلياً بحقيقة محتوى السهم، وربما تتعامل الشركات في بعض الاحيان مع البنوك بعقود فاسدة، كالإيداع بفائدة أو الاقتراض منها بفائدة، ففي هذه الحالة ينبغي ان لا يتعامل المسلم الا في الحلال الطيب والكسب المشروع[٥].

وهذا الحل مبني على اعتبار أن الاستثمار للأموال بوجهها العام واجب كفائي فيجب على الأمة أن تقوم بعمليات الاستثمار حتى تكون وفرة الأموال وتشتغل الأيادي ويتحقق حد الكفاية للجميع إن لم يتحقق الغنى، ومن القواعد الفقهية في هذا المجال هو أن ما لا يتم الواجب إلا به

---

[١]) سورة البقرة: الآية ٢١٩.
[٢]) ينظر: المدخل إلى الاقتصاد الإسلامي، ص ١٨٦.
[٣]) ينظر: بحوث في الاقتصاد الإسلامي، ص ١٧٦.
[٤]) سورة البقرة: من الآية ٢٧٥.
[٥]) ينظر: بحث مقدم لندوة الاقتصاد الإسلامي، د. عبد العزيز الخياط، ص ٢٠٤.

فهو واجب، فيجب عليه أن يستثمر أمواله بالطرق المشروعة سواء كان بنفسه، أو عن طريق المضاربة والمشاركة ونحوهما، وأنه لا ينبغي له أن يترك أمواله الصالحة للاستثمار فيعطلها عن أداء دورها في التدوير وزيادة دورانها الاقتصادي الذي يعود بالنفع العام على المجتمع، لأنها ربما تؤثر بتعطيل هذه الوظيفة بعدم الأنفاق والتداول، مما يؤدي إلى كساد الأعمال وانتشار البطالة، وركود الاسواق، ويترتب على ذلك الاضرار بالمصلحة العامة للمجتمع، وقد نهى الإسلام عن ذلك بقول النبي صلى الله عليه وسلم ((لا ضرر ولا إضرار))[1] فيدل الحديث على تحريم الضرر على أي صفة كان.

ومن هنا يظهر ان المقصود بالاكتناز في الاقتصاد الإسلامي مخالف لما عليه في الاقتصاد الوضعي. لأن الاكتناز في مفهومه الإسلامي ليس مجرد تأخير انفاق النقود وعدم تداولها واستثمارها، وانما هو عدم اخراج حقوق الله فيها وأهمها تأدية الزكاة، وأمّا في الاقتصاد الوضعي فمفهومه هو حبس النقود عن التداول وعدم استثمارها، وفق تحقيق مزايا النظام النقدي مخزن للثروة، عندئذ يمكن خزن النقود كقوة شرائية عامة مدة من الزمن بقصد إعادة استعمالها في المستقبل حين تظهر الحاجة إليها فالنقود تمكن مالكها من حجزها عن التداول مؤقتا أي استخدامها للادخار فان النقود تكتسب قدرة نقل القدرة الشرائية من فترة لأخرى واختيار اللحظة المناسبة لأنفاقها بهذا المعنى[2].

وإذا نظرنا إلى أصل الحلال والحرام لوجدناه يعود إلى باب التغليب والترجيح والكثرة، لان الاشياء والاعمال قد لا تكون شراً خالصاً، فالخير يتلبس بالشر، والشر يتلبس بالخير، وحيث تزاد أهمية هذا النوع من النقود في عمليات التبادل في الدول المتقدمة ذلك، لأن التوسع في استخدامها يتطلب وعيا مصرفيا، ولكن مدار الحل والحرمة قائم على غلبة الخير أو غلبة الشر[3].

ومن جانب آخر ان ترتيب الأحكام الشرعية تقوم على هذه القوة وتسلسلها من حيث المصالح الدينية والدنيوية والمفاسد، كما أوضح ذلك الإمام العز بن عبد السلام بقوله: "أَنَّ الْمَصَالِحَ ضَرْبَانِ: أحدهُمَا مَا يُثَابُ عَلَى فِعْلِهِ لِعِظَمِ الْمَصْلَحَةِ فِي فِعْلِهِ، وَيُعَاقَبُ عَلَى تَرْكِهِ لِعِظَمِ الْمَفْسَدَةِ فِي تَرْكِهِ وَهُوَ ضَرْبَانِ: أحدهُمَا فَرْضٌ عَلَى الْكِفَايَةِ..... وَاعْلَمْ أَنَّ الْمَقْصُودَ لِفَرْضِ الْكِفَايَةِ تَحْصِيلُ الْمَصَالِحِ وَدَرْءُ الْمَفَاسِدِ دُونَ ابْتِلَاءِ الْأَعْيَانِ بِتَكْلِيفِهِ"[4]، فالشريعة الغراء مبناها على رفع الحرج ودفع المشقة وتحقيق اليسر والمصالح للأمة، وهو أصل في الدين قال تعالى: ﴿ يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ ﴾[5]، وقال نبينا محمد صلى الله عليه وسلم: لأبي موسى ومعاذ

---

[1]) مسند الإمام الشافعي، الشافعي – باب ما جاء في المظالم، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان - ١٣٧٠ هـ، ١٣٤/٢. هَذَا حَدِيثٌ صَحِيحُ الْإِسْنَادِ عَلَى شَرْطِ مُسْلِمٍ وَلَمْ يُخَرِّجَاهُ. ينظر: المستدرك على الصحيحين، رقم الحديث/ ١٤١١، ٦٦/٢.

[2]) ينظر: تطور النقود في ضوء الشريعة الإسلامية مع العناية بالنقود الكتابية، د. احمد حسن احمد الحسني، الطبعة الاولى، دار المدني/ جدة، ١٩٨٩م، ص ٣٣- ٣٦.

[3]) ينظر: السلسلة الاقتصادية، الاقتصاد السياسي، توزيع المداخيل النقود الائتمانية، فتح الله ولعلو، دار الحداثة، الطبعة الأولى – ١٩٨١م، ص ٢٧٩- ٢٨٠.

[4]) قواعد الاحكام في مصالح الانام، ٥١/١.

[5]) سورة البقرة: جزء من الآية ١٨٥.

رضي الله تعالى عنهما حينما وجّههما إلى اليمن ((يسّرا ولا تعسّرا وبشّرا ولا تنفّرا ....))[1]، فالنص يدل بوضوح على الأخذ بما فيه من التيسير والتبشير والابتعاد من التعسير والتشديد والتنفير، وهذا المبدأ من الوضوح ما لا يحتاج إلى دليل، بل هو مقصد من مقاصد الشريعة، وكما ان المحظورات عند الضرورة مرفوعة بناءً على هذا الأصل[2].

فدليل الاستصلاح يقوم على اساس القوة والضعف بين المصالح والمفاسد، وكذا داخل المصالح أنفسها أو المفاسد أنفسها، وترجيح الحقوق وتقديم بعضها على بعض، فالأمر مبني على الوسائل والمقاصد، والجزئيات والكليات، والجلاء والخفاء، لان الحاجة مآسة إليه من الناحية الأصولية، فكلها تقوم على اساس الترجيح عند التعارض في المصلحة والحقوق والاشياء المتوقفة حسبما تقتضيه قواعد الاقتصاد الحديث دون التصادم بأي مبدأ إسلامي[3].

ووجه المصلحة لا يعتمد على نص من كتاب أو سنة، اذ ليس في شيء منهما، وانما استصلاح يرجع إلى مصلحة عامة، وملائم بمجمله للشرع، فالأمر يعتمد الموازنات بين المصالح والمفاسد، وقبل ان اذكر حكم الاسهم وفق الضوابط الأصولية، أود أن ابين جملة من المبادئ في هذا الصدد منها[4]:

١) المسلمون مطالبون بتوفير المال الحلال الطيب الذي لا شبهة فيه، حتى تبقى النفس البشرية تؤدي مهمتها المنوطة بها في الحياة، قال الله تعالى: ﴿ هُوَ ٱلَّذِى جَعَلَ لَكُمُ ٱلْأَرْضَ ذَلُولًا فَٱمْشُواْ فِى مَنَاكِبِهَا وَكُلُواْ مِن رِّزْقِهِۦ ۖ وَإِلَيْهِ ٱلنُّشُورُ ﴾[5]، شرع الله من الوسائل ما يحقق المال ويكثره من الضرب في الارض، وقد جعل الله المال قيام الحياة فقال: ﴿ وَلَا تُؤْتُواْ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَٰمًا ﴾[6]، فالمال ضروري من ضروريات الحياة به قوام الإنسان وبه يتقوى على العبادة[7].

٢) حفظ اجزاء المال أو ما يقوم مقامه، وهو ما تحتاجه الأمة إليه لاقتناء مصالحها وانتظام امورها على وجه حسن، فقد نُهي عن اعطاء المال لمن لا يحسن التصرف فيه أو لعدم رشده أو عقله كالصبي والمجنون والسفيه، لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن إضاعة المال بقوله: ((إِنَّ اللَّهَ كَرِهَ لَكُمْ ثَلاَثًا: قِيلَ وَقَالَ، وَإِضَاعَةَ المَالِ، وَكَثْرَةَ السُّؤَالِ))[8].

٣) اجتناب الشبهات لطلب المال، يقول الرسول صلى الله عليه وسلم: ((إِنَّ الْحَلَالَ بَيِّنٌ، وَإِنَّ الْحَرَامَ بَيِّنٌ، وَبَيْنَهُمَا مُشْتَبِهَاتٌ لَا يَعْلَمُهُنَّ كَثِيرٌ مِنَ النَّاسِ، فَمَنِ اتَّقَى الشُّبُهَاتِ اسْتَبْرَأَ لِدِينِهِ،

---

[1]) صحيح البخاري، باب ما يكره من التنازع والاختلاف، رقم الحديث، ٣٠٣٨، ٦٥/٤.
[2]) ينظر: الأشباه والنظائر لابن للسبكي، ٤٥/١.
[3]) ينظر: ضوابط الترجيح عند وقوع التعارض لدى الأصوليين، بن يونس الولي، النشر اضواء السلف، الطبعة الاولى/ ١٤٢٥ه، ٢٠٠٤م، ص ١٤٧ و ١٧٨.
[4]) ينظر: بحوث في الاقتصاد الإسلامي، ص ١٨٣.
[5]) سورة الملك: الآية ١٥.
[6]) سورة النساء: من الآية ٥.
[7]) ينظر: مقاصد الشريعة الإسلامية، ابن عاشور، ص ٨٩.
[8]) صحيح البخاري، بَابُ (لاَ يَسْأَلُونَ النَّاسَ إِلْحَافًا)، رقم الحديث ١٤٧٧، ١٢٤/٢.

وَعِرْضِهِ، وَمَنْ وَقَعَ فِي الشُّبُهَاتِ وَقَعَ فِي الْحَرَامِ...))[1]، ويوضح الإمام ابن حجر العسقلاني[2] حكم الشبهات بقوله: "وَحَاصل مَا فَسَّرَ بِهِ الْعُلَمَاءُ الشُّبُهَاتِ أَرْبَعَةُ أَشْيَاءَ أحدهَا تَعَارُضُ الأدلة كَمَا تَقَدَّمَ ثَانِيهَا اختلاف الْعُلَمَاءِ وَهِيَ مُنْتَزَعَةٌ مِنَ الْأولَى ثَالِثُهَا أَنَّ الْمُرَادَ بهَا مُسَمَّى الْمَكْرُوهِ لأنه يَجْتَذِبُهُ جَانِبَا الْفِعْلِ وَالتَّرْكِ رَابِعُهَا أَنَّ الْمُرَادَ بهَا الْمُبَاحُ وَلَا يُمْكِنُ قَائِلُ هَذَا أَنْ يَحْمِلَهُ عَلَى مُتَسَاوي الطَّرَفَيْنِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ بَلْ يُمْكِنُ حَمْلُهُ عَلَى مَا يَكُونَ مِنْ قِسْمِ خِلَافَ الْأولَى بِأَنْ يَكُونَ مُتَسَاوِيَ الطَّرَفَيْنِ بِاعْتِبَارِ ذَاتِهِ رَاجِحَ الْفِعْلِ أو التَّرْكِ بِاعْتِبَارِ أمرٍ خَارِج"[3].

٤) أن الاسلام اذا حرَّم شيئاً فصَّل فيه حتى يبقي ما عداه على الأصل وهي الاباحة في المعاملات، فهذه هي القاعدة الاساسية ومن الامثلة لهذا الاساس "الْحَاجَةُ تَنْزِلُ مَنْزِلَةَ الضَّرُورَةِ عَامَّةً كَانَتْ أو خَاصَّةً"[4]، لأننا نعيش في نظام يسوده النظام الا اسلامي، فعلينا ان نوجد نظام اسلامي سياسي اقتصادي يحقق ما نصبو من تسيير المعاملات في اطار المبادئ الأصولية العامة التي تحقق الخير للأمة، ولا يتعارض مع قاعدة شرعية ثابتة[5].

الفرع الثالث

أنواع الأسهم وأحكامها

ليس بخاف أن للسهم خصائص متعددة، وأسماء مختلفة متنوعة، لذلك لا يكون الحكم دقيقاً حتى نعرِّف بكل نوع منها، حيث تتمثل هذه الأنواع باعتبارات مختلفة من حيث الحصة والشكل والحقوق، وقد يتداخل بعضها في بعض، وربما قد يكون نوع واحد يعتريه عدة أحكام باتجاهات مغايرة، ثم نبين حكمه مع التوجيه، لان الحكم على الشيء فرع عن تصوره، لذلك أحاول أن أذكر كل شيء مع الالتزام للاختصار والإيجاز وعدم الاخلال.

نذكر بصورة عامة حكم تداول هذه الأسهم والتصرف فيها بالبيع والشراء، ثم نذكر عند بيان كل نوع من الأسهم حكمه الخاص، فإذا راعينا في هذه المقدمة هذه النظرة استطعنا أن نتناول موضوع الأسهم من خلال المنظور الفقهي، لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره.

---

[1]) صحيح مسلم، باب اخذ الحلال وترك الشبهات، ١٠٧ (١٥٩٩)، ١٢١٩/٣.

[2]) هو شهاب الدين أبو الفضل، أحمد بن علي بن محمد بن محمد بن علي، الكناني، العسقلاني، الشافعي. صاحب أشهر شرح لصحيح الإمام البخاري أصله من عسقلان بفلسطين، ومولده ووفاته بالقاهرة (٧٧٣هـ - ٨٥٢ه)، عالم محدِّث فقيه أديب ولع بالأدب والشعر فبلغ فيه الغاية، ثم أقبل على الحديث فسمع الكثير، ورحل ولازم شيخه الحافظ أبا الفضل العراقي. رحل إلى اليمن، والحجاز، وغيرهما لسماع الشيوخ، وصارت له شهرة كبيرة، أما تصانيفه فكثيرة جداً منها: (فتح الباري في شرح صحيح البخاري؛ الإصابة في تمييز أسماء الصحابة؛ تهذيب التهذيب؛ تقريب التهذيب في أسماء رجال الحديث؛ لسان الميزان؛ أسباب النزول)ينظر: الأعلام، ١٧٨/١.

[3]) فتح الباري شرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، دار المعرفة - بيروت، ١٣٧٩ه، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، ١٢٧/١.

[4]) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ٢٩٣/١.

[5]) ينظر: بحوث في الاقتصاد الإسلامي، ص ١٨٨.

- **الأسهم من جانب الحقوق التي تعطيها لصاحبها تنقسم إلى نوعين[1]:**

١) اسهم عادية: وهي التي تتساوى في قيمتها وتخول المساهمين حقوقاً متساوية، ولا يخفي ان جميع الاسهم قيمتها متساوية، وهذا يقتضي تساويها في الحقوق والواجبات.

٢) اسهم ممتازة: وهي الاسهم التي تختص بمزايا، كأن تمنح اصحابها الأولوية في الارباح أو استيفاء فائدة سنوية ثابتة سواء ربحت الشركة أو خسرت، وهذه المزايا لا تتمتع بها الاسهم العادية[2].

(حكم الأسهم العادية)

ومن المعلوم ان موضوع الاسهم من المسائل الجديدة التي لم يعرفها الفقه الإسلامي قديماً، والذي قام بترويج هذا الشيء هو النظام الراسمالي الملازم بتعاملاته بنظام الربا، نتناول في هذا المبحث في التكييف الفقهي على تحليل طبيعة العلاقة بين أطراف المتعاقدين في الأسهم على قواعد الفقهاء من خلال النقولات الموجودة في كتب الفقه، وسينتج من خلال كلام الفقهاء رحمهم الله طبيعة التعاقد، علماً أن العلماء المعاصرون تكلموا في موضوع الاسهم وبذلوا جهدهم في توضيح الحكم، ولكني أحببتُ ان اضع نقولات الفقهاء القدامى مع شرح غير مخلٍ ليتبين حقيقة حكم الأسهم في العقد.

من حيث المبدأ يبحث عنها كل من يتعامل بالأسهم المعروفة بالأوراق المالية التجارية، ويريد ان يعرف حكمها من المسلمين، وربما يتساءل هل هي من قبيل العقود المفردة ام من العقود المركبة؟ وإذا كانت من العقود المفردة وتم الاتفاق بين الطرفين أو الأطراف أو من العقود المركبة، أو كلاهما فما حكمها.

يكون تكييف الأسهم العادية يتمايل بأعمال الشركة مع المضاربة، فإن ذلك التصرف يوافق القواعد الفقهية المقررة للمضاربة الشرعية، والحلول يكون بالتبصر وفق القيود والشروط والأحكام الفقهية، الذي يتمثل في النظر إلى استحداث العقد مع الشركة، حيث يحكم هذا العقد علاقات المضاربة بكل ما تحتويه من عناصر التعدد في المشاركين، وأحكام الاستمرار فيها، وتصفية الاموال الداخلة مع المستثمرين[3].

السهم عبارة عن جزء من رأس مال الشركة، وهو معرض للربح والخسارة تبعاً لربح الشركة أو خسارتها، كما أن صاحب السهم يُعدُ شريكاً في الشركة، أي مالكاً لجزء من أموالها بنسبة عدد أسهمه إلى مجموع أسهم الشركة، ويستطيع مالك السهم ان يبيعه متى شاء.

فاذا نظر إلى تعاملات الاسواق المالية المنظمة للأسهم القابلة للتداول في البورصة، لوجدناها تدعم استثمار المال في بيع الاسهم وشرائها، بقصد تحقيق الربح، مع التركيز على عوائد توزيع الشركة من أرباح، وبناء على ذلك يتعامل مع السوق بغرض الاستفادة من أرباح الشركة، وارتفاع أسهمها في السوق المالي، بسبب زيادة الطلب على أسهم الشركة، وهي أحدى

---

[1]) ينظر: بحوث في الاقتصاد الإسلامي، ص ٢٠٣- ٢٠٤.

[2]) ينظر: بحث مقدم لندوة الاقتصاد الإسلامي، د. عبد العزيز الخياط، ص ١٩٨.

[3]) ينظر: المضاربة والمقامرة في بيع وشراء الاسهم، د. علي ابو البصل، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية/ المجلة ٢٥، العدد الثاني سنة ٢٠٠٩م، ص ٨٠٧.

وسائل الاستثمار الرئيسية في الاقتصاد الإسلامي، وفقاً لحصة شائعة من الربح تحدد بالاتفاق بينهما، فيتضح ان مسير العمل وفق المضاربة الشرعية المعروفة في الفقه الإسلامي.

يقول الإمام المرغيناني[١]: "وإذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب أن يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع لإطلاق العقد والمقصود منه الاسترباح ولا يتحصل إلا بالتجارة، فينتظم العقد صنوف التجارة وما هو من صنيع التجار"[٢]، وبيان المقصود من العمل في المضاربة المضاربة بأنه محدد بالتجارة التي هي الاسترباح بالبيع والشراء لا بالحرفة والصنعة[٣].

يقول الإمام الشربيني[٤]:"الْقِرَاضُ وَالْمُضَارَبَةُ أَنْ يَدْفَعَ: إليه مَالًا لِيَتَّجِرَ فِيهِ وَالرِّبْحُ مُشْتَرَكٌ... (وَوَظِيفَةُ الْعَامِلِ التِّجَارَةُ) وَهِيَ الِاسْتِرْبَاحُ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ"[٥].فالمضاربة هنا تتعلق في التجارة فقط، لان المقصود هو الاسترباح، ولا يتحصل الا بالتجارة فينتظم العقد[٦]، وَإِنَّمَا جُوِّزَ لِلْحَاجَةِ فَاخْتَصَّ بِمَا يَرُوجُ بِكُلِّ حَالٍ وَتَسْهُلُ التِّجَارَةُ بِهِ، فهي نوع من المشاركة بين المال والجهد، وهي مشاركة عادلة حيث يسمح فيها لراس المال بان يأخذ نصيبا من الربح المتحقق لان الزيادة هي نماء المال نفسه، وكما يسمح لصاحب الجهد بان يأخذ نصيبا من الربح المتحقق نتيجة عمله. وفي مقابل هذا التضييق والحصر يحتاج إلى التوسعة ومراعاة مصالح العباد وهو ما ذهبت إليه بقية المذاهب[٧]، فحكم الأسهم العادية الجواز من حيث المبدأ إلا اذا كان محلها حراماً فحينئذ لا يجوز.

(حكم اسهم الامتياز)

يجيز الشرع أن تتساوى الحصص كي يتمكن من عمل حساب الارباح وتوزيعها، أو التفاضل القائمة بعدد الاسهم التي يكتتب فيها الشريك، وتبعاً لذلك لابد من تساوي الحقوق التي يتمتع بها كل شريك بحسب أسهمه، ولكن هذا النوع من الأسهم تعطي لأصحابها حقوقاً تتميز بها عن الاسهم العادية، فحكمها يختلف باختلاف نوعية الامتياز فيها:

<u>النوع الأول:</u> هو المحظور: اعطاء لاسهم الامتياز حق الحصول على الارباح وذلك بتعيين نسبة محددة سواء ربحت الشركة أم خسرت، ثم توزع حصص الارباح اذا ربحت بعد ذلك على جميع المساهمين ومنهم اصحاب الاسهم الممتازة فيكونون قد اشتركوا مع اصحاب الاسهم العادية

---

[١]) هو علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين: من أكابر فقهاء الحنفية نسبته إلى مرغينان (من نواحي فرغانة) كان حافظا مفسرا محققا أديبا، من المجتهدين. (٥٣٠ - ٥٩٣ هـ) من تصانيفه "بداية المبتدي، الفرائض، مناسك الحج". ينظر: سير اعلام النبلاء، ٣٨٦/١٥.

[٢]) الهداية في شرح بداية المبتدي، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين (المتوفى: ٥٩٣هـ)، دار احياء التراث العربي - بيروت – لبنان، ٢٠١/٣.

[٣]) ينظر: العناية شرح الهداية، ٤٥٣/٨.

[٤]) هو محمد بن أحمد الشربيني، شمس الدين: فقيه شافعي، مفسر. من أهل القاهرة. له تصانيف، منها (السراج المنير، الاقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، تقريرات على المطول). ينظر: الأعلام، ٦/٦.

[٥]) مغني المحتاج، ٤٠٠/٣.

[٦]) ينظر: حاشية البجيرمي على الخطيب، سليمان بن محمد بن عمر البُجَيْرَمِيّ المصري الشافعي (المتوفى: ١٢٢١هـ)، دار الفكر، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م، ١٩٠/٣.

[٧]) ينظر: الفقه على المذاهب الأربعة، عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري (المتوفى: ١٣٦٠هـ)- دار الكتب الكتب العلمية، بيروت – لبنان- الطبعة: الثانية، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م، ٤٦/٣.

بالربح وامتازوا عليهم بربح زائد مع ان السهم الواحد متساوٍ في القيمة، فان هذا النوع لا يجوز البتة، لأنه يتضمن الربا الحاصل بالضمان بنسبة ثابتة سنويةً.

وهنالك امور ايضاً مخالفة لمقتضى لأصول الشريعة، لاحتمال أن تربح الشركة مقدار نسبة الفائدة، فيكون ضررا للمساهمين الاخرين وبخس حقوقهم، وذلك غير جائز شرعاً لقوله الله تعالى: ﴿وَلَا تَبْخَسُواْ ٱلنَّاسَ أَشْيَآءَهُمْ ﴾[١].

النوع الثاني: هو المباح: هو ان لا يعود الامتياز إلى الجوانب المالية، بأن يمنح حق استرجاع قيمة الاسهم بكاملها عند تصفية الشركة فيمنع من ذلك لمنافاته معنى الشركة، أما اعطاء الامتياز التي تعود إلى القضايا الادارية التي يتحكم فيها، أو لهم حق الأولوية في الاكتتاب بأسهم جديدة، فلا تطرح الشركة أسهم جديدة الا بموافقتهم التي تتكون من اصحاب الاسهم الممتازة، فلا بأس به، بناء على ان الشركة قد انعقدت بالإيجاب والقبول، فاذا ارادوا توسيع اعمال الشركة فلهم ان يقرروا ذلك بان يزيدوا من راس المال منهم أو من بعضهم أو ان يدخلوا شركاء جدد، كما هو مقرر في باب المعاملات بحق الشفعة.

- **الاسهم من جانب الشكل من حيث الاسم وعدمه، وبيان هذا الاعتبار إلى ثلاثة أقسام:**

١) اسهم اسمية: وهي القيمة التي يكتب على اساسها اسم صاحبها وتكون مدونة على صك السهم، وهذا هو المطلوب حفاظاً على الحقوق، وهو من مجموع رأس مال الشركة، والقيمة الاسمية قيمة ثابتة، يتساوى فيها جميع المشتركين[٢]، وهو جائز شرعا التعامل على هذا المنوال، لحماية جمهور المساهمين من كل تلاعب واستغلال، فيعطي تملك السهم للمساهم حقوقاً اساسية بصفته شريكاً[٣].

٢) اسهم لحاملها: وهي الاسهم التي تختص بمزايا لا تتمتع بها الاسهم العادية، يصدر السهم دون ذكر الاسم، حامل السهم هو المالك في نظر الشركة. يستفاد من هذا الحد أنه يؤدي إلى اضاعة الحقوق[٤]، لان أي شخص وقعت يده عليه يعتبر صاحبه وهذا لا يجوز التعامل التعامل به، اضافة إلى عدم جوازه هو ان عدم كتابة اسم صاحب السهم يؤدي إلى عدم معرفة الشريك، مع سريان النزاع بين الاطراف مما يؤدي إلى الضرر[٥].

٣) اسهم للأذن: وهي اسهم يكتب عليها اسم صاحبها وتضاف عليها عبارة للأمر فيكون السهم قابلاً للتظهير كسائر الأوراق المالية التي تحمل شرط عبارة لأذن أو لأمر[٦]، وحينئذ يكون يكون تداولها عن طريق التوقيع على ظهر الوثيقة، فيعتبر دليلا على أن صاحبها قد تنازل عن مبلغها لغيره، ويعتبر بمثابة قبضٍ للأعيان، ويصبح الثاني صاحب السهم دون الرجوع إلى الشركة، وهذا النوع نادر الوقوع، وكذلك نادر في التشريعات حيث لم تتناوله

---

[١]) سورة الاعراف: من الآية ٨٥.

[٢]) ينظر: الشركات التجارية في القانون المصري المقارن، د. أبو زيد رضوان، طبعة دار الفكر العربي، القاهرة/ ١٩٨٩م، ص ٥٣٣.

[٣]) ينظر: بحوث في الاقتصاد الإسلامي، ص ٢١١.

[٤]) ينظر: بحث مقدم لندوة الاقتصاد الإسلامي، د. عبد العزيز الخياط، ص ٢٠٧.

[٥]) ينظر: الشركات التجارية في القانون المصري المقارن، ص ٥٣٤.

[٦]) ينظر: بحوث في قضايا فقهية معاصرة، القاضي محمد تقي العثماني، ص ٢٤.

أكثرها[١]، ومن الناحية الفقهية لا يوجد أي مانع شرعي، فان الشريك الأول ان اخذ من الطرف الثاني عوضاً أصبح بيعاً وهو بكل حال من الاحوال لا يُحرم المساهم من حقه في بيع اسهمه أو التنازل عنها اذا لم يكن في مقابل الاسهم عوض ويسمى هبةً[٢].

- **الأسهم من جانب إرجاع قيمتها أو عدم إرجاعها تنقسم إلى نوعين[٣]:**

١) أسهم رأس المال: وهي الاسهم التي لم تستهلك قيمتها، بمعنى تبقى قيمتها إلى حين التصفية النهائية، فهذه الاسهم حكمها من حيث المبدأ الجواز، اذا كانت قيمة الاسهم المتبقية مساوية لقيمة الاسهم الحقيقية أو السوقية، وعبرة المساواة بالواقع وبسعر السوق[٤].

السوق[٤].

أما اذا كانت هذه القيمة أقل من القيمة الحقيقية لاسهم الشركة، فهذا لا يجوز، لان الشركة قد تخسر وقد تربح فيترتب ضرر بحقوق المساهمين بنقصان قيمة أسهمهم ما يؤدي إلى ضرر بيِّن، تطبيقا للقاعدة الشرعية: "لا ضرر ولا ضرار"[٥]، أما اذا كانت الاسهم أعلى من الاسهم الاسمية، فحينئذ ننظر، اذا كانت تعبر عن سعرها السوقي فهذا جائز، ما دامت الشركة لم تستعمل وسائل محظورة بالخداع والتغرير وغيرهما[٦].

٢) اسهم تمتع: وهي الاسهم التي استهلكت قيمتها بأن ردت قيمة السهم إلى المساهم قبل انقضاء الشركة، ويكون الاستهلاك بطرق متعددة منها كأن تسحب الشركة من التداول في كل مدة معينة عدداً من الاسهم بطريق القرعة وتدفع قيمتها لإصحابها من الارباح، وهذا النوع في الغالب يكون في الشركات التي تكون محددة بفترة زمنية محددة ثم تفنى أصولها، فيحصل المساهم في هذا الاثناء سهمه على قيمة السهم الاسمية، ويعطى بدل ذلك سهم التمتع، يمنحه جميع الحقوق الا ان ارباحه اقل من الحق المقرر لسهم رأس المال[٧].

إلا أنه لا يجوز بحال حرمان المساهم من حقه في بيع اسهمه أو التنازل عنها لأخرين، الا اذا نص النظام الاساسي لها على هذا التفصيل، ثم يكيف شرعاً على أن ما يعطى يمثل جزءاً من الارباح وأصول الشركة، ولكنه ينبغي المساواة بين حقوق جميع المساهمين مطلوبة، فلا يجوز لصاحب حق ان يأخذ أكثر من الآخر، فمقتضى الحكم الشرعي أن لا ينظر إلى الاسهم، وانما إلى المسمى والمقصد، ولذلك يعتبر ما سبق جائزاً شرعاً سواء كان سمّي باسهم التمتع أم لا[٨].

---

[١]) ينظر: بحث مقدم لندوة الاقتصاد الإسلامي، د. عبد العزيز الخياط، ص ١٩٨.
[٢]) ينظر: بحوث في الاقتصاد الإسلامي، ص ٢١٢.
[٣]) الشركات التجارية في القانون المصري المقارن، ص ٥٣٨.
[٤]) ينظر: النظام الاقتصادي في الاسلام، تقي الدين النبهاني، الطبعة الثالث، ١٩٧٢م، ص ١٣٥ وما بعدها.
[٥]) ينظر: الأشباه والنظائر، السيوطي، ص ٨٣.
[٦]) ينظر: بحث مقدم لندوة الاقتصاد الإسلامي، د. عبد العزيز الخياط، ص ١٩٩.
[٧]) ينظر: بحوث في الاقتصاد الإسلامي، ص ٢١٢.
[٨]) ينظر: بحث مقدم لندوة الاقتصاد الإسلامي، د. عبد العزيز الخياط، ص ٢٠٠- ٢٠٢.

- **الاسهم من جانب الحصة التي يدفعها الشريك (نقداً أو عيناً):**

١) اسهم نقدية: وهي الاسهم التي تدفع نقداً، فالحكم الشرعي لا غبار عليه من هذا الجانب، لان العلماء مجمعون على ان يكون التعامل في رأس المال نقداً، والأوراق المالية التي تصدرها الدولة للتعامل بها بدلاً من النقود المتعارف عليها، فهي في حكم النقدين[١].

يقول ابن رشد الحفيد: "فَاتَّفَقَ الْمُسْلِمُونَ عَلَى أَنَّ الشَّرِكَةَ تَجُوزُ فِي الصِّنْفِ الْوَاحِدِ مِنَ الْعَيْنِ (أَعْنِي: الدَّنَانِيرَ، وَالدَّرَاهِمَ) ، وَإِنْ كَانَتْ فِي الْحَقِيقَةِ بَيْعًا لَا تَقَعُ فِيهِ مُنَاجَزَةٌ، وَمِنْ شَرْطِ الْبَيْعِ فِي الذَّهَبِ وَفِي الدَّرَاهِمِ الْمُنَاجَزَةُ، لَكِنَّ الإجماع خَصَّصَ هَذَا الْمَعْنَى فِي الشَّرِكَةِ"[٢].

٢) اسهم عينية: وهي التي تدفع أموالا من غير النقد[٣]، وقد منع قسم من الفقهاء تكوين الشركة الشركة من العروض، لأن رأس المال يتكون من قيمة العروض لا عينها، والقيمة مجهولة، فمحل الخلاف على ثلاثة آراء:

أ) ذهب الإمام مالك ورواية للأمام أحمد إلى جواز الشركة بالعروض مطلقاً اتفقت جنساً أو اختلفت، وتنعقد بقيمتها يوم عقد الشركة[٤]. وقد استدلوا بقياس العروض على النقود، حيث قال الإمام أحمد: "إن الشركة، والمضاربة تجوز بالعروض، وتجعل قيمتها وقت العقد رأس المال"[٥].

ب) ذهب الإمام ابو حنيفة وتلميذه ابو يوسف ورواية للأمام أحمد إلى عدم صحة الشركة بالعروض، سواء كانت من الطرفين أو من طرف واحد[٦]، وسببه امتناع الرجوع على اعيانها عند المفاصلة برأس المال، لان العروض لا مثل لها حتى يرجع إليه، اضافة إلى امتناع وقوعها على قيمتها وهي غير متحققة وقد تنقص فيفضي إلى التنازع[٧].

ج) ذهب الإمام الشافعي والإمام محمد بن الحسن تلميذ الإمام الاعظم إلى صحة الشركة في المثليات[٨]، والعبرة من ذلك هو اختلاط الاعيان وعدم تمييزها كي لا يؤدي إلى التنازع عند ارتفاع قيمة بعضها، فأشبه النقدين ولذلك اشترطوا الخلط. بخلاف المتقوم لأنه لا يمكن الخلط في المتقومات، فترجع المفاصلة إلى قيمتها فمنع، بخلاف المثليات فترجع

---

[١]) ينظر: اقتصاديات نقدية: د. هلال درويش، دار المعرفة – بيروت، ط ١، ٢٠٠٨م، ص ٢٩، مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى : ٤٥٦هـ)، دار الكتب العلمية – بيروت، ص ٩٢.

[٢])بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ٣٥/٤.

[٣]) ينظر: الاسهم والسندات واحكامها في الفقه الإسلامي،الخليل، ص٥١.

[٤]) ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٣٤٩/٣، المغني، ١٣/٥.

[٥]) مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن رَاهُويَه، إسحاق بن منصور بن بهرام، أبو يعقوب المروزي، المعروف بالكوسج (المتوفى: ٢٥١هـ)، عمادة البحث العلمي، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٢م، ٢٥٩٥/٦.

[٦]) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ١٦٠/١١- ١٦١، المغني، ١٣/٥.

[٧]) ينظر: الفقه الإسلامي وادلته، د. وهبه الزحيلي، ٥٣٩/٥.

[٨]) ينظر: الحاوي الكبير، ٤٧٤/٦- ٤٧٥، المبسوط، للسرخسي، ١٦٠/١١.

المفاضلة إلى مثله لا إلى القيمة، ولا يسري فيه النزاع بين الاطراف[1]. يقول الإمام النووي: "إِذَا أَخْرَجَ كُلُّ واحد قَدْرًا مِنَ الْمَالِ الَّذِي تَجُوزُ الشَّرِكَةُ فِيهِ، وَأَرَادَ الشَّرِكَةَ، اشْتُرِطَ خَلْطُ الْمَالَيْنِ خَلْطًا لَا يُمْكِنُ مَعَهُ التَّمْيِيزُ... وَإِذَا جَوَّزْنَا الشَّرِكَةَ فِي الْمِثْلِيَّاتِ، وَجَبَ تَسَاوِيهِمَا جِنْسًا وَوَصْفًا، فَلَا يَكْفِي خَلْطُ حِنْطَةٍ حَمْرَاءَ بِبَيْضَاءَ لِإِمْكَانِ التَّمْيِيزِ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ عُسْرٌ. وَفِي وَجْهٍ: يَكْفِي؛ لأنه يُعَدُّ خَلْطًا"[2].

رأي الباحث في الموضوع:

يمكن القول بان التعامل بالاسهم اليوم من قبل المساهمين المؤسسين للشركة تطور بشكل واسع ولا سيما في الاسواق المالية العالمية، بل أصبحت ورقة تجارية مالية، ومن هنا سأثير تساؤلاً حوى مدى مشروعية التعامل في الاسهم على انها مضاربة، ثم لابد من تفصيل لكل ما يتعلق بالاسهم، وبيان الحكم فيها ليكون أوضح وأتم، ثم أختم على جميع الموضوع بضوابطه الشرعية.

(مضاربة[3] الاستثمار في الاسهم)

ينبغي الأن الوقوف على آراء فقهاء المذاهب بخصوص هذا التعامل بين أطراف التعاقد من المساهمين والشركة على انه عقد مضاربة من خلال النقولات الاتية:

يقول الإمام السرخسي الحنفي: "وَإِذَا دَفَعَ إلى رَجُلٍ مَالًا مُضَارَبَةً وَلَمْ يَقُلْ اعْمَلْ فِيهِ بِرَأْيِكَ فَلَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِهِ مَا بَدَا لَهُ مِنْ أَصْنَافِ التِّجَارَةِ وَيَبِيعَ؛ لأنه نَائِبٌ عَنْ صَاحِبِ الْمَالِ فِي التِّجَارَةِ " فَإِنَّ قَصْدَهُ بِالدَّفْعِ إليه تَحْصِيلُ الرِّبْحِ وَذَلِكَ بِطَرِيقِ التِّجَارَةِ فَكَذَلِكَ مَا هُوَ مِنْ صُنْعِ التُّجَّارِ يَمْلِكُهُ الْمُضَارِبُ بِمُطْلَقِ الْعَقْدِ وَيَبِيعُ بِالنَّقْدِ وَالنَّسِيئَةِ"[4].

يفهم من خلال النص ان المضاربة جائزة، والمقصود منها هو الربح عبر مسلك التجارة من رأس المال، امتثالاً لما أقره رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لما رأى الناس يتعاقدون المضاربة فلم ينكر عليهم[5]، وَالدَّلِيلُ عَلَى أَنَّ الْبَيْعَ بِالنَّسِيئَةِ تِجَارَةٌ مُطْلَقَةٌ قَوْله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيۡنَكُمۡ﴾[6]، فَهَذَا يُبَيِّنُ أَنَّ التِّجَارَةَ قَدْ تَكُونُ غَائِبَةً وَلَيْسَ ذَلِكَ إلَّا بِالْبَيْعِ بِالنَّسِيئَةِ وَلَهُ أَنْ يُبْضِعَهُ؛ لِأَنَّ الْإِبْضَاعَ مِنْ عَادَةِ التُّجَّارِ وَيَحْتَاجُ الْمُضَارِبُ إليه لِتَحْصِيلِ الرِّبْحِ، ولو تمعنا

---

[1]) ينظر: فتح العزيز بشرح الوجيز، الرافعي، ٤١٢/١٠.

[2]) روضة الطالبين وعمدة المفتين، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ)، تحقيق: تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان، الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ / ١٩٩١م، ٢٧٧/٤.

[3]) هي أن يدفع رجل ماله إلى آخر يتجر فيه على أن ما حصل من الربح بينهما على ما يشترطانه، ويسمونه أهل الحجاز بالقراض.

[4]) المبسوط، للسرخسي، ٣٨/٢٢.

[5]) ينظر: بدائع الصنائع، ٧٩/٦.

[6]) سورة البقرة: من الآية ٢٨٢.

في العبارة لوجدناها تتكلم عن تعاقد ثنائي بين طرفين يقدم أحدهما المال، ويقوم الطرف الثاني في العمل فيه، على أن يقسم الربح وفقاً لحصة تحدد بالاتفاق بينهما[1].

يقول الإمام ابن جزي الكلبي المالكي: "الْمُضَارَبَة وَصفته أَن يدْفع رجل مَالا لآخر ليتجر بِهِ وَيكون الْفضل بَينهمَا حَسْبَمَا يتفقان عَلَيْهِ... أَن لَا يَنْضَم إِلَيْهِ عقد آخر كَالْبيع وَغَيره"[2].

يفهم من خلال الكلام أنه يوصف عملية المضاربة كأن مالك المال اقتطع من ماله وسلمها إلى العامل، باعتبار الاستثمار بعد التصرف في رأس المال فهو يقتطع له قطعة من ربحها، كما أنه نوه إلى عامل رئيسي في عقد المضاربة الا وهو ثنائية الابعاد بين طرفين فقط، أحدهما صاحب المال والآخر العامل، ويقسم الربح بينهما حسب الاتفاق[3].

يقول الإمام الجويني الشافعي في كيفية المضاربة: "بين مالكِ رأس المال، والعامل الذي لا يملك من رأس المال شيئاً، على أن يتّجر العامل، وما يرزق الله من ربحٍ، فهو مقسوم بينه وبين المالك، على جزئيةٍ يتوافقان عليها شرطاً، وذلك بأن يقول للعامل: اتَّجر، وتصرف، وما يتفق من ربحٍ"[4].

يفهم من هذا النص ان المتقارضين متشاركان في الربح، لان أحدهما يبذل المال والاخر يتصرف فيه، لان المقصود من المضاربة هو رد رأس المال والاشتراك في الربح، ومما يتبين بوضوح من خلال اسلوب الفقهاء ان العقد يثبت بين طرفين، ويعد من أهم اركان المضاربة وهما العاقدان، وفقاً لحصة شائعة من الربح تحدد بالاتفاق بينهما[5].

يقول الإمام ابن قدامه المقدسي الحنبلي: "وهو أن يدفع إنسان ماله إلى آخر يتجر فيه، والربح بينهما، وهي جائزة بالإجماع...وكون الربح بينهما على ما شرطاه؛ لأنها شركة، فيثبت فيها ذلك"[6].

يفهم من خلال عبارة النص مقتضى عقد المضاربة ان يكون من طرفين لحصول المقصود، لان المضاربة تقتضي تسليم المال للعامل، ولا يستحق العامل الربح الا بالتجارة، واذا نظرنا بعين التأمل لرينا العقد يتم من خلال المال مع الطرف الثاني في العمل فيه[7].

لقد بينا فيما سبق معرفة العلاقة في عقد المضاربة، ويمكن من خلال تحديد مفهوم كيفية المضاربة أن أشير إلى أهم خصائص حكم المضاربة في الاسهم والتي يمكن القول أن أهمها، هو وجود تباين بين المضاربة الشرعية المعروفة في الفقه الإسلامي، والمضاربة في سوق الأوراق المالية، فالمضاربة الشرعية كما أكّدنا أكثر من مرة بأنها تعاقد ثنائي بين طرفين، أما المضاربة في سوق المال، فهي استثمار المال في شراء الاسهم وبيعها، فالمضارب يتنبأ بارتفاع الاسعار أو

---

[1]) ينظر: العناية شرح الهداية، ٤٧٢/٨.

[2]) القوانين الفقهية، ابن جزي الكلبي ، ص ١٨٦.

[3]) ينظر: شرح مختصر خليل للخرشي، محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله (المتوفى: ١١٠١هـ)، دار الفكر للطباعة – بيروت، ٢٠٢/٦.

[4]) نهاية المطلب في دراية المذهب، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين (المتوفى: ٤٧٨هـ)، حققه وصنع فهارسه: أ. د/ عبد العظيم محمود الدّيب، دار المنهاج، الطبعة: الأولى، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م، ٤٣٧/٧.

[5]) ينظر: مغني المحتاج، ٣٩٧/٣- ٤٠٠.

[6]) الكافي في فقه الإمام أحمد، ١٥١/٢.

[7]) ينظر: الفروع وتصحيح الفروع، ٨٢/٧- ٨٣.

انخفاضها، وبناء على ذلك يتعامل بغرض الاستفادة من ارباح الشركة، وارتفاع اسهمها في السوق المالي، بسبب زيادة الطلب على أسهم الشركة[١].

وتجدر الإشارة إلى أمر مهم في التكييف الفقهي المتعلق بأطراف التعاقد لدى استعمال الاسهم بأنها علاقة ثلاثية وقد تكون ثنائية مستقلة، فان كانت العلاقة ثنائية كأن باع المساهم سهامه إلى الشركة كما هو ثابت في اسهم راس المال فهذا جائز لا غبار عليه عن فكرة المضاربة، وان كانت العلاقة ثلاثية كأن باع المساهم سهامه لشريك جديد كما هو ثابت من حيث الحقوق بين الاسهم العادية والممتازة، بإعطاء الامتياز حق الأولوية في الاكتتاب باسهم جديدة لأصحاب الاسهم القدامى استئناساً بحق الشفعة، وهذا يدل على جواز بيعها لشركاء جُدد، فبهذا يكون التكييف من جانب الزيادة من عوائد الشركة مضاربةً، ومن جانب كسب الربح لواقع الشركة ومعطياتها الاقتصادية بسبب الطلب على اسهم الشركة يسمى بيعاً[٢].

ومن المعلوم ان للسهم خصائص متعددة، باعتبارات مختلفة، قد يتداخل بعضها في بعض، ويعتري كل نوع عدة أحكام باعتبار حالاته المختلفة من خلال نظامها الذي ذكرناه، لذلك أحاول ان أذكر كل ذلك بشي من الايجاز.

خلاصة الحكم الشرعي في أنواع الاسهم

أن المساواة بين حقوق المساهمين أمر أجمع عليه الفقهاء بجوازه، وهو متحقق في اسهم العادية وهي عملية مضاربة، فاذا كان رأس المال نقداً وهو الأصل في العقد فهو جائز، واذا كان رأس المال عروضاً فمحل خلاف بين الفقهاء، ولكن الظروف التي تمر بنا تحتم علينا ان نجد لها مخرجا شرعياً، وهذا هو الرأي الراجح الذي أميل إليه، ولأنني وجدت كثيراً من العقود في بطون كتب الفقه قال بها الفقهاء بالجواز بناء على الحيلة الشرعية، لان الأصل في البيوع التوسعة وعدم التضييق، علما أنها لا تنعقد وفق ضوابط البيع الا عن طريق الحيلة الشرعية ومنها. ما قاله الإمام الحصكفي[٣]: "وَهَذِهِ حِيلَةٌ لِصِحَّتِهَا بِالْعُرُوضِ وَهَذَا إنْ تَسَاوَيَا قِيمَةً، وَإِنْ تفاوتا بَاعَ صَاحِبُ الْأَقَلِّ بِقَدْرِ مَا تَثْبُتُ بِهِ الشَّرِكَةُ"[٤].

أما حكم الاسهم الممتازة، ان لا يعود بالامتياز لبعض المساهمين دون بعض إلى اعطاء ضمان مالي، فان هذا الضمان مخالف لمقتضى العقد، فلا يجوز بحال من الاحوال لان هذه الزيادة فائدة سنوية ثابتة وربوية بلا مقابل، فهو نوع من أنواع الربا لا يجوز التعامل بها[٥].

أما الاسهم الاسمية التي تحمل اسم صاحبها المساهم وتثبيت ملكيته له، حفاظا على الحقوق وضمانا لعدم خلط حق شخص بحق آخر، فهذا موضع مشروع لكي يعد شريكاً، فتصبح حيازته التي عليها اسم صاحبها دليلاً على ملكيته وهذا لا بأس به شرعاً[٦].

---

[١]) ينظر: بحث مقدم لندوة الاقتصاد الإسلامي، د. عبد العزيز الخياط، ص ٢٠٤- ٢٠٥.

[٢]) ينظر: المضاربة كما تجريها المصارف الإسلامية وتطبيقاتها المعاصرة، عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، القاهرة/مصر، دار الفكر الجامعي، سنة ٢٠٠٥م، ص ١٧.

[٣]) هو محمد بن علي بن محمد الحصني المعروف بعلاء الدين الحصكفي: مفتي الحنفية في دمشق.مولده ووفاته فيها (١٠٢٥ - ١٠٨٨ هـ)، كان فاضلا عالي الهمة، عاكفا على التدريس والافادة. من كتبه (الدر المختار في شرح تنوير الابصار، شرح ملتقى الابحر" ينظر: الأعلام، ٢٩٤/٦.

[٤]) ينظر: رد المختار على الدر المختار، ٣١٠/٤.

[٥]) ينظر: الاسهم والسندات واحكامها في الفقه الإسلامي، د. احمد بن محمد الخليل، ص ١٨٠.

[٦]) ينظر: بحث مقدم لندوة الاقتصاد الإسلامي، د. عبد العزيز الخياط، ص ٢٠٧.

أما الاسهم التي تصدر دون ذكر الاسم فيكون حامله هو صاحبه في نظر الشركة المعروفة باسم اسهم لحاملها، وهذا النوع من الاسهم يوشك ان يكون قد اختفي في بعض الدول كمصر والكويت وسورية، وحظرت القوانين من تداول هذه الاسهم لحماية المساهمين من التلاعب والاستغلال، بينما نجد دولاً اخرى كالعراق ولبنان لا تمانع من تداوله وفق طريق القيد في دفاتر الشركة، وهذا النوع لا يجوز تداوله لأنه يتسبب بضياع الاموال بطرق شتى[١].

أما اسهم الأذن هي التي تعطي صلاحية نقل الملكية مباشرة دون الرجوع إلى الشركة، بطريق التظهير، فيصبح الثاني هو مالك الاسهم والأول متخلياً عنها، وتأخذ نفس المسارات التي تأخذها الاسهم الاسمية، فلا يوجد محذور شرعي من بيع بعض الشركاء حصصهم على آخرين[٢].

وبالنسبة إلى اسهم رأس المال التي لا تعود إلى المساهم الا بانقضاء الشركة أو فسخها، وهذه الاسهم لا تستهلك قيمتها، ولا تردد في جواز هذا النوع بسبب عدم تمييزه في الارباح التي تعطى لجميع الشركاء، فهي تتفق مع قواعد الشريعة[٣].

وأما النوع الثاني بالنسبة إلى ارجاع قيمة السهم هو اسهم التمتع، وهي الاسهم المستهلكة بمعنى ردت قيمتها إلى اصحابها مع بقاء حياة الشركة وقبل انقضائها، فالمتأمل في الطرق والأساليب التي تنتهجها الشركة، فيحتاج منا تبين وتوضيح مسار العملية لنكون على بينة من أمرنا[٤].

اذا كانت القيمة التي اعطيت للشريك وفق نصيب السهم الصافي من أصول الشركة وفقاً للأسعار الجارية، المسماة بالقيمة الحقيقية وتكون صلته بالشركة قد انتهت، لان المساهم قد استوفي من الاموال ما يوازي حصته فلا يعد شريكاً بعدها، فيحتاج الان إلى تحديد دقيق الا وهو بيعه لأسهمه إلى الشركة صحيح ولا غبار عليه، ولكن الاشكال اذا استمر الاشتراك في الربح مع عدم وجود مال أو عمل فلا يجوز حينئذ سهم التمتع في هذه الصورة، ولا يحق له الاشتراك[٥].

وأن كانت القيمة التي اعطي عند الاستهلاك اقل من القيمة التي تحدد للسهم بمجموع قيم الاسهم التي تساوي رأس مال الشركة المسماة بالقيمة الاسمية، فان علاقة المساهم تظل قائمة، لأنه يبقى له حق في الربح والاستحقاق وان كان قليلاً مع أولئك الذين لم تستهلك اسهمهم لوجود المال المتبقي له، وهو جائز شرعاً ويعد تصفية جزئية من الأصول والارباح[٦].

وعلى كلٍ ينبغي عدم الاستعجال في اصدار الحكم بالحرمة أو بالحل، من غير تفصيل لأنواعها وتخريجها وفق الضوابط الشرعية، مع بذل الجهد في توضيحها على مقتضى قواعد الشريعة.

ومن المناسب أن أتناول بعض الضوابط المهمة المتعلقة في موضوع الاسهم، بشيء من الايضاح والتمثيل التي لابد من اعتبار الامور الآتية:

---

[١]) ينظر: بحوث في الاقتصاد الإسلامي، ص ٢١١، الاسهم والسندات واحكامها في الفقه الإسلامي، د. احمد بن محمد الخليل، ص ٥٣.

[٢]) ينظر: بحث مقدم لندوة الاقتصاد الإسلامي، د. عبد العزيز الخياط، ص ٢٠٧- ٢٠٨.

[٣]) ينظر: الاسهم والسندات واحكامها في الفقه الإسلامي، د. احمد بن محمد الخليل، ص ١٨٢.

[٤]) ينظر: القانون التجاري شركات الاموال، مصطفى كمال طه، مؤسسة الثقافة الجامعية، سنة ١٩٨٢م، ص ٧١- ٧٢.

[٥]) ينظر: بحث مقدم لندوة الاقتصاد الإسلامي، د. عبد العزيز الخياط، ص ٢٠٩- ٢١٠.

[٦]) ينظر: بحوث في الاقتصاد الإسلامي، ص ٢١٤.

(١) مقومات العقد: الأصل الذي تبنى عليه العقود المالية من المعاملات الجارية بين العباد اتباع التراضي المستدل عليه بقوله تعالى: ﴿ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾[١]، غير ان حقيقية الرضا لما كان أمراً خفيا، وضميراً قلبياً، اقتضت الحكمة رد الخلق إلى مرد كلي، وضابط جلي، يستدل به عليه، وهو الإيجاب والقبول الدالان على رضا العاقدين[٢].

(٢) المحافظة على أصل المال: المقصود من التجارة الربح والمحافظة على أصل المال كما جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ((الا من ولي يتيما له مال فليتجر فيه ولا يتركه حتى تأكله الصدقة))[٣]،وكما روي عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: " اتجر في اموال اليتامى لا تأكلها الزكاة"[٤] أي تنقصها. والمقصود من البيع الكسب، فقد ثبت جواز البيع بأدلة من النص والإجماع.

(٣) الحاجة في الاستثمار والتقدم: وهي مراعاة مصالح العباد واختيار أكثرها يسراً وتحقيقاً لحاجاتهم، وربما في بعض الاحيان تنزل منزلة الضرورة في تجويز الممنوع شرعاً، يقول الإمام الجويني: "أن أصل البيع مستندة الضرورة أو الحاجة النازلة منزلة الضرورة"[٥].

(٤) مراعاة العرف الصحيح: أي المعروف المعتاد بين الناس فهو بمنزلة التصريح لدلالة العرف عليه، ما لم يعارض دليلاً شرعياً ولا يحل محرماً، وفقاً لقاعدة "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً"[٦].

(٥) عدالة التوزيع: مقتضى قواعد العدل التي قررها الاسلام، فلا ظلم ولا ضرر ولا ضرار، ولا جهالة تفضي إلى النزاع بين الاطراف المشاركة، لقوله تعالى: ﴿ ٱعْدِلُواْ هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ ﴾[٧].

(٦) التقيد في العقود: الأحكام تجري على الظاهر فيما يعسر أو يتعذر الوقوف على حقيقته، بشروطه ما لم يكن فيه مخالفة لأصل شرعي، وقد نبه الإمام ابن السبكي إلى

---

[١]) سورة النساء: جزء من الآية ٢٩.

[٢]) ينظر: تخريج الفروع على الأصول، للإمام محمود بن احمد الزنجاني، حققه وعلق عليه محمد الصالح – الناشر: مطبعة جامعة دمشق – ١٩٦٢م، ص ٦٢.

[٣]) سنن الترمذي، كتاب الزكاة – باب ما جاء في زكاة مال اليتيم رقم الحديث – ٦٤١ -. وقال الترمذي فِي إِسْنَادِهِ مَقَالٌ، لأن الْمُثَنَّى بْنَ الصَّبَّاحِ يُضَعَّفُ فِي الحَدِيثِ.

[٤]) موطأ الإمام مالك، كتاب الزكاة، باب زكاة اموال اليتامى والتجار ولهم فيها - رقم الحديث – ٨٦٣ – وهو موقوف على عمر بن الخطاب رضي الله عنه. ينظر: السنن الصغير، البيهقي، دار النشر: جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي ـ باكستان ـ الطبعة: الأولى، ١٤١٠هـ ـ ١٩٨٩م، ٦٢/٢.

[٥]) ينظر: البرهان في أصول الفقه، ٨٣/٢.

[٦]) ينظر: شرح القواعد الفقهية، أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، ص ٢٣٧.

[٧]) سورة المائدة: من الآية ٨.

هذه القاعدة بقوله: "فمن محاسن الشرع ضبط الأحكام بالأسباب الظاهرة وإقامتها عللًا يدور الحكم معها وجودًا وعدمًا"[1]،ومصداقاً لقوله تعالى: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ ﴾[2].

(٧) رفع الحرج: لابد من الرجوع في كل حادثة إلى الاسباب التي اتصلت بها، واكتنفتها، وبذلك يمكن الحكم بان ما حصل يستطاع التحرز منه أو لا، ومثال ذلك ما جاء في كلام الإمام الكاساني: " كُلُّ فَضْلٍ مَشْرُوطٍ فِي الْبَيْعِ رِبًا سَوَاءٌ كَانَ الْفَضْلُ مِنْ حَيْثُ الذَّاتُ، أو مِنْ حَيْثُ الْأوصَافُ إلَّا مَا لا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ دَفْعًا لِلْحَرَجِ"[3].

(٨) عدم شيوع الفساد: بحيث اذا كانت الوسيلة فاسدة اخذت حكم المقصد المحظور المرفوض، وبقطع النظر عن صلاح الوسيلة أو فسادها في ذاتها، اذا اتخذت ستاراً للاستناد إلى حرام وان حقق هدف لكنه يتنافي مع الشرع فحينئذ تكتسب الوسيلة سمة المقصد الحرام، وقد التفت إلى ذلك الإمام العز بن عبد السلام: " وَلِلْوَسَائِلِ أحكام الْمَقَاصِدِ، فَالْوَسِيلَةُ إلى أَفْضَلِ الْمَقَاصِدِ هِيَ أَفْضَلُ الْوَسَائِلِ، وَالْوَسِيلَةُ إلى أَرْذَلِ الْمَقَاصِدِ هِيَ أَرْذَلُ الْوَسَائِلِ"[4].

الفرع الرابع

أثر الاستصلاح في استنباط حكم الاسهم

معيار التعويل في تخريج الأحكام واستنباطها على مقاصد الشريعة في جلب المصالح ودرء المفاسد، سيبنى النظر وفق المصلحة الراجحة من جانب، ودفع المفسدة المتحققة من جانب، والمحافظة على الجانب المالي وفق الموازنات الخاصة والعامة، ومدى تحقق الحاجة المالية في هذا الالتزام من جانب أخر، فكما قال الإمام الونشريسي[5]: "ما جرى به عمل الناس وتقادم في عرفهم وعاداتهم، ينبغي أن يلتمس له مخرجٌ شرعي ما أمكن، على خلاف أو وفاق"[6]، وأساس ذلك أن الشريعة السمحة ما جاءت لتسدَّ على الناس منافذ حاجاتهم، وانما جاءت لتلبية الحاجات الحقيقية التي تستلزم ظروف الحياة ومقتضيات التعامل في كل زمان ومكان، تيسيرا على الخلق ورفعاً للمشقة عن العباد، وقد عبر عن ذلك الإمام العز بن عبد السلام بقوله: "قال الشافعي: بنيت الأصول على ان الاشياء اذا ضاقت اتسعت، يريد بالأصول قواعد الشريعة، وبالاتساع الترخيص الخارج عن الاقيسة واطِّراد القواعد وعبر بالضيق عن المشقة"[7].

[1]) الاشباه والنظائر، السبكي، ١٨٨/٢.
[2]) سورة المائدة: من الآية ١.
[3]) ينظر: بدائع الصنائع، ١٨٧/٥.
[4]) قواعد الاحكام في مصالح الانام، ٥٣/١- ٥٤.
[5]) هو أحمد بن يحيى بن محمد الونشريسي التلمساني، أبو العباس: فقيه مالكي، أخذ عن علماء تلمسان، ونقمت ونقمت عليه حكومتها أمرا فانتهبت داره وفر إلى فاس سنة ٨٧٤هـ فتوطنها إلى أن مات فيها ٩١٤ هـ ، عن نحو ٨٠ عاما. من كتبه (إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، والمعيار المعرب عن فتاوي علماء إفريقية والأندلس وبلاد المغرب، والقواعد) ينظر: الأعلام، ٢٦٩/١.
[6]) المعيار المعرب عن فتاوي علماء إفريقية والأندلس وبلاد المغرب، الونشريسي، طبعة/ دار الغرب الإسلامي، بيروت، سنة ١٤٠١ه، ٦/ ٤٧١ و ٣٧٧/٨.
[7]) القواعد الكبرى، العز بن عبد السلام، طبعة/ دار القلم، دمشق سنة ١٤٢١ه، ٣٢٦/٢.

يلاحظ أن هذه الاسهم من حيث حكمها على نوعين جائز وغير جائز، وكلا النوعين للمصلحة أمر بالغ في استنباط حكمه، فأما الجائز منها فواضح من مصدر المصلحة والتوسع فيه، وما يجلب للناس من منافع، وفي مقدمتها حيث تُحقق الأسهم العناصر المالية في هذا الالتزام، حيث تعد هذه المصلحة من المصالح المرسلة، لأن معظم مصالح الدنيا يمكن أن تدرك بالعقل، بينما مصالح الآخرة فلا تدرك الا بالنقل، وأما مصالح الدارين وما يترتب عليه السعادة فيهما فلا يعرف إلا من طريق الشرع.

وأما غير الجائز فللمصلحة أثر أيضاً في استنباط حكمه إذ قد يقول البعض بأنه جائز كما رأينا ذلك في بعض الأسهم الربوية، وكان الأولى المحافظة على درء المفسدة ذات الضرر الأكبر على جلب المصلحة ذات النفع الأقل[1]، وهنا نقول أن هذه مصلحة ملغاة ولا يسوغ التمسك بها.

تحقق الأسهم العناصر المالية في هذا الالتزام:

بناءً على ما سبق تقريره فانه يظهر تحقق العناصر المالية، ومما يوضح أن شركات الاسهم منها قابلة للزيادة أو النقصان وليس هو المقصود من ذلك، وانما المقصود هو نجاحها ومستقبلها وقوة الامل الذي قد يؤدي في النهاية إلى حدوث اثار إيجابية بزيادة حجم الإنتاج والعمالة والاستثمار[2].

وقد ذكرنا فيما سبق نصوص الفقهاء في حكم المال المختلط، فمعرفة المقاصد هي الميزان والمعيار والضمان للمنهج المستقيم البعيد عن التشدد والتفلت والافراط والتفريط، وهذه القضية تهدف إلى استنباط الحكم الشرعي وفق مدى الحاجة والضرورة والحلول النافعة، في اطار المبادئ والأصول العامة التي تحقق الخير لمصلحة المسلمين، والمراد هنا المقصد الكلي وهو حفظ نظام المال، ولا يعود هذا الاعتناء إلى الامور القانونية أو الادارية وانما بإثبات مبدا ثابت على مرّ العصور[3]، ويوضح ذلك ويؤكده ما يأتي:

<u>العنصر الأول:</u> أن يكون المال فيه منفعة مقصودة:

وهو أن يتعلق بالمنفعة المقصودة غرض صحيح لمشتري الاسهم، فلا شك أن في هذا الالتزام في عصرنا يولد كمية من العملة المطلوبة ضمن عقود السلم أو الاستصناع أو نحوهما، وعلى ضوء ذلك قال الإمام القرافي: " لَا يَعْتَبِرُ الشَّرْعُ مِنَ الْمَقَاصِدِ إِلَّا مَا تَعَلَّقَ بِهِ غَرَضٌ صَحِيحٌ محصِّل لِمَصْلَحَةٍ أو دَارِئٌ لِمُفْسِدَةٍ"[4]، فالمنفعة في الاصطلاح الفقهي هي المنفعة المطلقة لتعم الاعيان والمنافع، فهو منوط باعتبار ذلك الالتزام في النظر الفقهي[5]، وجاء عن الإمام القرافي ان الاعيان والمنافع ثلاثة أقسام وذكر منها "مِنْهَا مَا يَقْبَلُ الْعِوَض كالبر وَكِرَاءِ الدَّارِ وَمِنْهَا مَا لَا

---

[1]) ينظر: الموازنة بين المصالح دراسة تطبيقية في السياسة الشرعية، د. أحمد عليوي الطائي، دار النفائس، الاردن، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٧م، ص ٥٤- ٥٥.

[2]) ينظر: أثر الديون ونقود الشركة أو المحفظة على تداول الاسهم والصكوك والوحدات الاستثمارية، ص ٧٤.

[3]) ينظر: بحوث في الاقتصاد الإسلامي، ص ١٩٠، مقاصد الشريعة الإسلامية، ابن عاشور،ص ٨٩.

[4]) الذخيرة، ٤٧٨/٥.

[5]) ينظر: كشاف القناع عن متن الاقناع، ١٥٢/٣ و ٥٥١، مختصر الفتاوى المصرية، ص ٣٦٨.

يَقْبَلُهَا إِمَّا لِمَنْعِ الشَّرْعِ كَالْخَمْرِ وَالْغِنَاءِ أو لأنه غَيْرُ مُتَقَوَّمٍ عَادَةً كَالْبُرَّةِ الْواحدةِ وَمُنَاولَةِ النَّعْلِ أو لِعَدَمِ اشْتِمَالِهِ عَلَى مَقْصُودِ الْبَتَّةَ كَالذَّرَّةِ مِنَ التُّرَاب"[1].

فينبغي على الزبون من التحوط من خسارة ممكنة أو متوقعة الحصول نتيجة التقلبات الكثيرة في اسعار قيمة الاسهم السوقية، ومن أهم ذلك:

١) دراسة دقيقة لنوع الأسهم التي تكون وفق وضع البلد.

٢) دراسة دقيقة لنوع الأسهم الخاصة بالسوق العالمية وتقلباتها.

٣) دراسة مستوى الأسهم المشاركة لنوع السهم الذي يشارك فيه.

٤) التحقيق من الحماية القانونية لهذه الأسهم.

٥) دراسة مستوى الخط البياني لمستوى النجاح والخسارة، وما الحجم الخاص لكل مستوى.

٦) المساهمة في أكثر من سهم لتسديد الخسارة الحاصلة.

فمن المعروف أن أهم مرتكزات الاقتصاد ومهماته الرئيسية هو اكتساب المال واستغلاله واستهلاكه على اساس الحلال والحرام، والإنسان أمين مستخلف عليه قال الله تعالى: ﴿ وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ ﴾[2]، وقال: ﴿ وَأَنفِقُواْ مِمَّا جَعَلَكُم مُّسْتَخْلَفِينَ فِيهِ ﴾[3].

فيحتاج إلى نظرة اسلامية من وجهة لتوظيف المال والعمل فيه وإلى استهلاك المال ضمن اطار عام، يحدد كيفية الاكتساب والاستغلال لصالح المجتمع والفرد، فيعود بالمصلحة لجميع المجالات بكل أنواعه في الزراعة والصناعة والتجارة وغيرها من المجالات كالأجير الخاص أو الاجير العام كالنجار والحداد[4]، قال الله تعالى: ﴿ هُوَ ٱلَّذِى جَعَلَ لَكُمُ ٱلْأَرْضَ ذَلُولًا فَٱمْشُواْ فِى مَنَاكِبِهَا وَكُلُواْ مِن رِّزْقِهِۦ ۖ وَإِلَيْهِ ٱلنُّشُورُ ﴾[5].

<u>العنصر الثاني:</u> أن تكون منفعة المال متقوّمة:

ومعنى ذلك ان يكون لنفعه قيمة مالية في عرف الناس، وهذا العنصر بلا شك متحقق في التزام الاسهم بأنواعه وشتى صوره، ونعني بالمنفعة المالية ما يكون في نظر الشرع باكتساب

---

[1]) الذخيرة، ٤٧٨/٥.
[2]) سورة النور: من الآية ٣٣.
[3]) سورة الحديد: من الآية ٧.
[4]) ينظر: تطور النقود في ضوء الشريعة الإسلامية مع العناية بالنقود الكتابية، ٢٤٤- ٢٤٥.
[5]) سورة الملك: الآية ١٥.

المال واستغلاله، وأن المنافع قد تتعارض مع بعضها فلابد للمكلف من الموازنة بين المنافع المتعارضة ليختار منها الأكثر نفعاً وفائدةً وفق ضوابط الشرع وحدوده.

وأود أن أنوه بان الكسب والاستغلال في أصله حلال مباح، ولكن اذا صاحَبَهُ أمر محرم أصبح حراماً، فالعمل بحد ذاته حلال ولكن اذا كان لأمر محرم أصبح حراماً، فما لم يكن فيه من النفع معتبراً في أصل الشرع لا يعد له قيمة مالية[١].

ويوضح ذلك تعليل الاسهم في عصرنا الحاضر، فقد أصبح الضمان متقوّماً في العرف التجاري، وعلى ذلك ينبغي القول بماليته ومشروعية المعاوضة عنه بمال في وقتنا الحاضر، فاذا تغيرت القوانين فالحكم مبنية على العرف وإسنادها إلى عقول الناس وخبراتهم وتجاربهم، كما هو مقرر في أصول الشريعة، ((أَنْتُمْ أَعْلَمُ بِأمر دُنْيَاكُمْ))[٢].

<u>العنصر الثالث:</u> ان تكون تلك المنفعة مشروعة:

وهذا الأمر يختلف في مسألتنا بحسب القصد وموضع الغرض، فإن الفقهاء فرقوا بين ما هو محرم لذاته وما هو محرم لغيره، يقول ابن تيمية: "أَنَّ الْحَرَامَ نَوْعَانِ: حَرَامٌ لِوَصْفِهِ كَالْمَيْتَةِ وَالدَّمِ وَلَحْمِ الْخِنْزِيرِ... وَالثَّانِي الْحَرَامُ لِكَسْبِهِ: كَالْمَأْخُوذِ غَصْبًا أو بِعَقْدٍ فَاسِدٍ فَهَذَا إذَا اخْتَلَطَ بِالْحَلَالِ لَمْ يُحَرِّمْهُ فَلَوْ غَصَبَ الرَّجُلُ دَرَاهِمَ أو دَنَانِيرَ أو دَقِيقًا أو حِنْطَةً أو خُبْزًا وَخَلَطَ ذَلِكَ بِمَالِهِ لَمْ يُحَرِّمْ الْجَمِيعَ لَا عَلَى هَذَا وَلَا عَلَى هَذَا؛ بَلْ إنْ كَانَا مُتَمَاثِلَيْنِ أَمْكَنَ أَنْ يُقَسِّمُوهُ وَيَأْخُذَ هَذَا قَدْرَ حَقِّهِ وَهَذَا قَدْرَ حَقِّهِ... فَلِلْمَالِكِ أَنْ يَطْلُبَ حَقَّهُ مِنْ الْمُخْتَلَطِ فَهَذَا أصل نَافِعٌ؛ فَإِنَّ كَثِيرًا مِنْ النَّاسِ يَتَوَهَّمُ أَنَّ الدَّرَاهِمَ الْمُحَرَّمَةَ إذَا اخْتَلَطَتْ بِالدَّرَاهِمِ الْحَلَالِ حَرُمَ الْجَمِيعُ فَهَذَا خَطَأٌ؛ وَإِنَّمَا تَوَرَّعَ بَعْضُ الْعُلَمَاءِ فِيمَا إذَا كَانَتْ قَلِيلَةً وَأَمَّا مَعَ الْكَثْرَةِ فَمَا أَعْلَمُ فِيهِ نِزَاعًا"[٣]. فان كان القصد من شراء الاسهم لغرض المضاربة والتجارة، ففي هذه الحالة تكون المنفعة مقصودة من الشراء، وربما تكون غير مشروعة اذا قصد الحصول على فرق السعر المتوقع ارتفاعه وزيادته، فيكون غرضه المجازفة والمراهنة اللذان يعتبران من جنس الميسر والقمار، وبذلك تنتفي صفة المالية عن ذلك الالتزام[٤].

ويمكن تأصيل ذلك أيضاً من خلال نصوص الفقهاء المبنية على عموم الشريعة ومبادئها في التيسير وعدم التضييق ورفع الحرج، يقول ابن القيم في هذه المسالة: "وَقَدْ تَظَاهَرَتْ أدلة الشَّرْعِ وَقَوَاعِدُهُ عَلَى أَنَّ الْقُصُودَ فِي الْعُقُودِ مُعْتَبَرَةٌ، وَأَنَّهَا تُؤَثِّرُ فِي صِحَّةِ الْعَقْدِ وَفَسَادِهِ وَفِي حِلِّهِ وَحُرْمَتِهِ، بَلْ أَبْلَغُ مِنْ ذَلِكَ، وَهِيَ أَنَّهَا تُؤَثِّرُ فِي الْفِعْلِ الَّذِي لَيْسَ بِعَقْدٍ تَحْلِيلًا وَتَحْرِيمًا فَيَصِيرُ حَلَالًا تَارَةً وَحَرَامًا تَارَةً بِاختلاف النِّيَّةِ وَالْقَصْدِ، كَمَا يَصِيرُ صَحِيحًا تَارَةً وَفَاسِدًا تَارَةً بِاختلافها"[٥]، وهذا وهذا النص يعضد ويوثق ما انتهينا إليه من اناطة جواز شراء الالتزام المنتفع به بقصد العاقد من

---

[١]) ينظر: بحث مقدم لندوة الاقتصاد الإسلامي، د. عبد العزيز الخياط، ص ١٩٥.
[٢]) صحيح مسلم، باب وجوب امتثال ما قاله شرعاً، ١٤١ (٢٣٦٣)، ١٨٣٦/٤.
[٣]) مجموع الفتاوى، ابن تيمية، ٣٢٠/٢٩- ٣٢١.
[٤]) ينظر: بحث مقدم لندوة الاقتصاد الإسلامي، د. عبد العزيز الخياط، ص ١٩٥.
[٥]) إعلام الموقعين عن رب العالمين، ٨٩/٣.

شرائه، بحيث اذا كان قصده من ذلك تحصيل نفع مشروع، فإن المعاوضة عنه بالمال تكون جائزة، وان كان قصدهُ نفعاً غير مشروع كان بيعه محظوراً شرعاً[1].

فعندما تتعارض مصلحة مع مفسدة، ففي هذه الحالة يراعى جانب جلب المصلحة الراجحة ذات النفع الأكثر على جانب دفع المفسدة المرجوحة ذات الضرر الأقل، فالإسلام منع الاستغلال الضار بالغير أو بالمجتمع بوجه عام، لان الأصل الذي تدور عليه النظرة الاقتصادية في الاسلام هو اجتناب الحرام توجيهها بالمَثل والقِيم لا المنفعة خلافاً لكثير من الانظمة الغربية الذين تدور نظرتهم الاقتصادية بحجة ان الاقتصاد ليس له مضامين اخلاقية لازمة[2].

وعلى ذلك نص الإمام السرخسي بقوله: "وَإِذَا ثَبَتَ أَنَّهُ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ، وَهُوَ مُنْتَفَعٌ بِهِ شَرْعًا جَازَ بَيْعُهُ كَسَائِرِ الْأَمْوَالِ... وَهَكَذَا يَقُولُ فِي الْأَسَدِ إنْ كَانَ بِحَيْثُ يَقْبَلُ التَّعْلِيمَ، وَيُصْطَادُ بِهِ، فَبَيْعُهُ جَائِزٌ، وَإِنْ كَانَ لَا يَقْبَلُ ذَلِكَ وَلَا يَنْتَفِعُ بِهِ فَحِينَئِذٍ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ"[3].

فالأصل عند جمهور الفقهاء عدم جواز التفاهات، كالبول والفضلات والزبل ونحوها، ولكن لما رأوا فيها بعض وجوه الانتفاع المشروع، أجازوا بيع كل ما فيه منفعة مقصودة منها، كتسميد الاراضي الزراعية، واحراقه للطبخ والخبز[4].

ونقل عن الإمام المرداوي[5] أنه قال: "وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ السِّرْجِينِ النَّجِسِ هَذَا الْمَذْهَبُ. وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ. وَقَطَعَ بِهِ كَثِيرٌ مِنْهُمْ. وَخَرَجَ قَوْلٌ بِصِحَّةِ بَيْعِهِ مِنْ الدُّهْنِ النَّجِسِ. قَالَ مُهَنَّا: سَأَلْت أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَنْ السَّلَمِ فِي الْبَعْرِ وَالسِّرْجِينِ؟ فَقَالَ: لَا بَأْسَ. وَأَطْلَقَ ابْنُ رَزِينٍ فِي بَيْعِ النَّجَاسَةِ وَجْهَيْنِ. وَأَطْلَقَ أَبُو الْخَطَّابِ جَوَازَ بَيْعِ جِلْدِ الْمَيْتَةِ. قَالَ فِي الْفُرُوعِ: فَيَتَوَجَّهُ مِنْهُ بَيْعُ نَجَاسَةٍ يَجُوزُ الِانْتِفَاعُ بِهَا وَلَا فَرْقَ، وَلَا إجْمَاعَ كَمَا قِيلَ"[6].

تظهر معالم هذا الاتجاه الفقهي الاصيل بوضوح، من خلال تعليلات فقهية متعددة متنوعة لعلماء أفاضل من مختلف المذاهب، والغرض منها استنباط الأحكام الشرعية من خلال القواعد والمقاصد والأصول الثابتة للواقعات والنوازل المستجدة، بقياس الامور بأشباهها ونظائرها باعتبار المصلحة، ولا يخفي ان تداول الاسهم والتعامل بها من الحاجات المآسة المتعينة في عصرنا الحالي، يقول الإمام الزيلعي[7]: "وَكُلُّ مَا اشْتَدَّتْ الْحَاجَةُ إليه كَانَتْ التَّوْسِعَةُ فِيهِ أَكْثر"[1].

---

[1]) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي (المتوفى: ٧٤٣ هـ)، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة - الطبعة: الأولى، ١٣١٣هـ، ١٢٦/٤.

[2]) ينظر: بحث مقدم لندوة الاقتصاد الإسلامي، د. عبد العزيز الخياط، ص ١٩٥.

[3]) المبسوط، السرخسي، ٢٣٥/١١.

[4]) ينظر: المحلى بالآثار، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: ٤٥٦هـ)، دار الفكر – بيروت، ٥٢٤/٧.

[5]) هو علي بن سليمان بن أحمد المرداوي ثم الدمشقي: فقيه حنبلي، من العلماء، ولد في مردا (قرب نابلس) وانتقل في كبره إلى دمشق فتوفي فيها ٨١٧- ٨٨٥ه. ومن كتبه (الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف والتنقيح المشبع في تحرير أحكام المقنع وتحرير المنقول في أصول الفقه، والتحبير في شرح التحرير). ينظر: الأعلام، ٢٩٢/٤.

[6]) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٢٨٠/٤.

[7]) هو عثمان بن علي بن محجن البارعي ، فخر الدين الزيلعي: فقيه حنفي (شارح الكنز). قدم القاهرة سنة ٧٠٥ هـ فأفتى ودرس، ونشر الفقه، وانتفع به الناس، وتوفي فيها ودفن بالقرافة. وله كتب منها (تبيين الحقائق

والمراد هنا ان يصل المرء إلى حالة جُهد ومَشقة ان لم يباشر بالكسب والعمل لجلب المال، وضابط الحاجة إلى عقد من العقود، ان يترتب عُسرٌ وحرج لفوات مصلحة من المصالح المعتبرة شرعاً وذلك متحقق في مسألتنا[2].

والأمر الهام الذي يتعلق بموضوعنا، هو أن الاسلام يراعي المصلحة، وان جميع الأحكام مرتبطة بالمصالح، فحيثما يكون نص واضح من شرع الله فالمصلحة تتحقق فيه وان خفيت علينا، وكما يقول العلماء حيثما وجدت المصلحة ولم تتناقض مع روح أي نص فثم وجه الله، وسبيل تحقيق المصلحة ضمن اجتهاد الرأي، وعدم الغفلة عن مراعاة الظروف والاعراف ومرونة وسرعة الزمن الذي تتماشى مع التطور السريع للمعاملات التجارية، ومن المعلوم أن العالم اليوم يمر في الوقت الراهن بمرحلة انتقالية، في ظل التطور في مجال تكنولوجية المعلومات المستمر في مجال التقنية المصرفية نتيجة للتطورات الاقتصادية والالكترونية المتلاحقة.

فالشأن في معظم المنافع والمضار ان تكون اضافية لا حقيقية فهي منافع ومضار في حال دون حال، كما يقول الإمام الشاطبي: "أَنَّهُ لَا يَسْتَمِرُّ إِطْلَاقُ الْقَوْلِ بِأَنَّ الأصل فِي الْمَنَافِعِ الْإِذْنُ، وَفِي الْمَضَارِّ الْمَنْعُ،... إِذْ لَا يَكَادُ يُوجَدُ انْتِفَاعٌ حَقِيقِيٌّ وَلَا ضَرَرٌ حَقِيقِيٌّ، وَإِنَّمَا عَامَّتُهَا أَنْ تَكُونَ إِضَافِيَّةً"[3].

وأن الاسلام يراعي المصلحة المتعددة الأنواع، وهي مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة، حفظاً للتوازن بين أفراد المجتمع، قال الله: ﴿كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةًۢ بَيْنَ ٱلْأَغْنِيَآءِ مِنكُمْ﴾[4]، وقول النبي صلى الله عليه وسلم ((لا ضرر ولا إضرار))[5] فيدل الحديث على تحريم الضرر على أي صفة كان[6]، وعندما تتعارض مصلحة الفرد مع مصلحة الجماعة تقدم المصلحة الكبرى[7]، والقاعدة الشرعية تقول: "يَتَحَمَّل الضَّرَر الْخَاص لدفع الضَّرَر الْعَام"[8]، وهو في ذلك يختلف عن النظام الرأسمالي الذي يراعي مصلحة الفرد ولا يقيدها للمصلحة العامة الا في حالات ضيقه، ويختلف أيضا عن النظام الاشتراكي الذي يراعي مصلحة الجماعة، بينما الاسلام راعى المصلحتين في توازن دقيق، ويمكن تطبيقها من خلال المنظور الإسلامي في ميزان تأثير المصالح في غمار موضوعنا

في شرح كنز الدقائق وتركة الكلام على أحاديث الأحكام وشرح الجامع الكبير ونصب الراية). ينظر: الأعلام، ١٤٧/٤.

[1]) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٨٧/٤.

[2]) ينظر: بحوث في الاقتصاد الإسلامي، ص ١٩١ وما بعدها.

[3]) الموافقات، ٦٦/٢.

[4]) سورة الحشر: من الآية ٧.

[5]) سبق تخريجه.

[6]) ينظر: فقه الزكاة، الدكتور يوسف القرضاوي، مؤسسة الرسالة – بيروت – ط الخامسة، ١٤٠١ هـ، ص ٢٤٢.

[7]) ينظر: شرح القواعد الفقهية، أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، ص ١٩٧.

[8]) نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، د. أحمد الريسوني، ص ٢٦٧.

الاسهم، من خلال توسيع قاعدة الاشتراك للحصول على رأس مال كبير للشركة، واشراف أكبر عدد من القطاع العام أو الخاص وفق الحصص أسهماً يشترك فيها من يريد بما يريد من الاسهم[1].

ونقول للماديين الذين ينظرون من زاوية ضيقة، ان الإسلام يحرم زوال الضرر بالضرر ويقدم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة فينتج من ذلك الاهتمام بالنشاط الاقتصادي الذي يعود على المجتمع كله بالنفع لا بالضرر[2].

فهي موازنة بين منفعتين، أحدهما قطعية تتمثل بتطبيق الشريعة إن عملوا بمقتضاها، والأخرى فهي ما يتوهم من منافع في تطبيق الأنظمة الوضعية التي يدعى أنها أقرب إلى واقع الإنسان، وأحرى بجلب المصالح إليه، وغير ذلك من ادعاءات وأوهام بما ليس فيها.

ومن الضروري أن أبين عند الحديث عن المصلحة أن لها شقين، إيجابي يتمثل بجلب المنفعة بشرط أن لا يتعارض مع النصوص القطعية وإلا تكون موهومة، والشق الآخر سلبي يتمثل بدفع المفسدة، ولكل من هذين الجانبين أثره في استنباط حكم الاسهم أو السندات أو غيرهما من مسائل المعاملات المصرفية المعاصرة، وربما يقودنا هذا إلى أجراء ميزان بين المنافع المستجلبة والمفاسد المستدرة في كل تعامل أو معاملة، وهنا يأتي دور القواعد العامة التي ترجح تقديم أحد الجانبين على الجانب الآخر[3].

❖ **الأدلة على مدى استنباط المصلحة الراجحة:**

ميزان رعاية المجتهد المصالح والمفاسد في الحل والحرمة في العادات والمعاملات غير المنصوص عليها هو كالآتي:

- الاستقراء: ان تكون المصلحة المترتبة على التعامل أعظم من المفسدة، وفي هذا المعنى يقول ابن تيمية[4] "وسر الشَّرِيعَة أَن الْفِعْل إِذا اشْتَمَل على مفْسدَة منع إِلَّا إِذا عارضها مصلحَة راجحة كَمَا فِي إِبَاحَة الْميتَة للْمُضْطَر وَبيع الْغرَر وَنهى الله عَنهُ لأنه نوع ميسر من كَونه أكل مَال بِالْبَاطِلِ فَإِذا عَارضه ضَرَر أعظم من أباحة دفعا لأعظم الفسادين بِاحْتِمَال أدناهما"[5].

فعلينا ان نبحث لتخريج الحكم وفق النظام الاقتصادي للأسهم مع وجود الشبهات والشوائب والمحرمات، فإنا إذا وجدنا أكثرية رأس المال حلالاً وأكثر التصرفات حلالاً فيأخذ القليل النادر حكم الكثير الشائع، وعلى هذا المنوال قال الإمام القرافي: "أَجْمَعَتِ الأمة عَلَى أَنَّ الْمَفْسَدَةَ

---

[1]) ينظر: حوار في الاقتصاد بين الإسلام والماركسية والراسمالية، د. عبد الله سلوم السامرائي – ساعدت اللجنة الوطنية للاحتفال في الجمهورية العراقية على طبعه – الطبعة الأولى – ١٩٨٤م، ص ٩٧- ١٠٢.

[2]) ينظر: الربا بين الاقتصاد والدين، عز العرب فؤاد – دراسات في الاسلام يصدرها المجلس الاعلى للشؤون للشؤون الإسلامية – وزارة الأوقاف مصر – العدد الثالث عشر – ١٩٦٢، ص ٤٥.

[3]) ينظر: الموازنة بين المصالح، د. أحمد عليوي الطائي، ص ٧١.

[4]) هو تقي الدين ابو العباس احمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن ابي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي، شيخ الاسلام في زمانه، ومن مصنفاته (السياسة الشرعية في أصلاح الراعي والرعية، مجموعة الفتاوى، منهاج السنة النبوية) ٦٦١- ٧٢٨ هـ. ينظر: الأعلام للزركلي، ١٤٤/١.

[5]) مختصر الفتاوى المصرية، ص ٣٣٨.

الْمَرْجُوحَةَ مُغْتَفَرَةٌ مَعَ الْمَصْلَحَةِ الرَّاجِحَةِ"[١]، وذلك عندما تتعارض مصلحة راجحة مع مفسدة مرجوحة أي عندما تكون المحافظة على المصلحة أولى من درء المفسدة ففي هذه الحالة يراعى جانب جلب المصلحة، وعلى ضوء هذا المبدأ يحق لعامة الناس في شراء هذه الأسهم حسب الضوابط التي ذكرت وما سأذكره.

ومن جهة أخرى فان كثيراً من الفقهاء يعتبرون مصلحة العاقد من مصلحة العقد بذاته ما دامت غير محظورة بنص شرعي، فحينئذ لا يكون معطلاً لحكم الله، بمعنى ان مقتضيات العقود لا ينبغي ان تحدد بحدود ثابتة غير مرنة في نطاق حقوقها بل العكس ما لا يصادم نصاً من نصوص الشريعة، ولا ينقض أصلا من أصولها[٢]، وقد علق ابن القيم على ذلك بقوله: "وَأَنَّ الأصل فِي الْعُقُودِ وَالشُّرُوطِ الصِّحَّةُ إلَّا مَا أَبْطَلَهُ الشَّارِعُ أو نَهَى عَنْهُ، وَهَذَا الْقَوْلُ هُوَ الصَّحِيحُ"[٣]، فترى الشي الواحد يمنع في حال لا تكون فيه مصلحة، فإذا كان فيه مصلحة جاز، وهذا نجده كثيراً في العادات والمعاملات[٤].

- التغليب والترجيح: كون المصالح والمفاسد الدنيوية ليست محضة وإنما هي نسبية في الواقع، ويمكن تأصيل ذلك من خلال القواعد الفقهية ونصوص الفقهاء المبنية على عموم الشريعة ومبادئها في اليسر ورفع الحرج، لكي تتضح الصورة أكثر، اذا نظر إلى باب العقوبات الالهية للأمم والشعوب جرت على اعتبار الكثرة، لقوله تعالى:﴿ وَٱتَّقُواْ فِتۡنَةً لَّا تُصِيبَنَّ ٱلَّذِينَ ظَلَمُواْ مِنكُمۡ خَآصَّةً ﴾[٥]، حيث تدل الآية أن الفتنة سببها كثرة العصيان مع وجود الأقلية الصالحة.

إن الناس إذا رأوا الظالم ولم يأخذوا على يديه أو شك أن يُعمهُم الله بعقاب من عنده، فالمصارف الأسلامية هي لرفع الظلم، واعطاء الحقوق والامانات، وتحقيق الخدمات للناس، ومنع جميع أنواع الربا، وهذا أخذ على يد الظالم، وقد أكدتْ ذلك ما روته أم المؤمنين زينب بنت جحش قالت: "اسْتَيْقَظَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مِنَ النَّوْمِ مُحْمَرًّا وَجْهُهُ يَقُولُ: ((لاَ إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ، وَيْلٌ لِلْعَرَبِ مِنْ شَرٍّ قَدِ اقْتَرَبَ...))، قِيلَ: أَنَهْلِكُ وَفِينَا الصَّالِحُونَ؟ قَالَ: ((نَعَمْ، إِذَا كَثُرَ الخَبَثُ))[٦]، فالحديث واضح على اعتبار الغلبة والكثرة، واذا تمحصنا النظر إلى أصل الحلال والحرام لوجدناه يعود إلى باب الترجيح والكثرة، فقد

---

[١]) الذخيرة، ٣٢٢/١٣.

[٢]) ينظر: أثر الادلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، د. مصطفى ديب البُغا، ٣٨/٢، مقاصد الشريعة الإسلامية، ابن عاشور، ص ٤٤ وما بعدها.

[٣]) إعلام الموقعين عن رب العالمين، ٢٥٩/١.

[٤]) ينظر: مقاصد الشريعة الإسلامية، ابن عاشور، ص ٤٧.

[٥]) سورة الانفال: من الآية ٢٥.

[٦]) صحيح البخاري، باب ((وَيْلٌ لِلْعَرَبِ مِنْ شَرٍّ قَدِ اقْتَرَبَ))، رقم الحديث ٧٠٥٩، ٤٨/٩.

بيّن فقهائنا ذلك خشية فوات المصلحة، "إِذَا تَعَارَضَ مَفْسَدَتَانِ رُوعِيَ أَعْظَمُهُمَا ضَرَرًا بِارْتِكَابِ أَخَفِّهِمَا"[1].

وكما هو معلوم ان التعويل على مبدأ تعامل النظام المصرفي الحالي يسير وفق الانظمة الغربية، وإن كان الاتحاد العالمي للمصارف الاسلامية له ثقل في صندوق النقد الدولي، ومدعوم من قبل بعض الانظمة الدولية، ولكن الحاجة في هذا العصر للتعامل بهذا النظام أصبحت مآسة بلا ريب على مبدأ عموم البلوى، و"الْحَاجَةُ الْخَاصَّةُ تُبِيحُ الْمَحْظُورَ"[2]، وعلى ذلك فان الشبهات الواقعة في المؤسسات والمصارف المالية يعسر الاحتراز عنها والانفكاك منها الا بمشقة زائدة[3]، ويبين الإمام ابن نجيم الحنفي ان الحاجة يعني بها دفع الضرر وما يتوقع منه فساد البنية وعدم استطاعة التصرف في امور العيش، وما شابه ذلك ثم انتقل ليبين معيار الانتفاع بالحاجة في اباحة المحظور عندما تنزل منزلة الضرورة فقال: -اذا أصبح- "أكثر بُيُوعَاتِ أهل السُّوقِ لَا تَخْلُو عَنْ الْفَسَادِ فَإِنْ كَانَ الْغَالِبُ هُوَ الْحَرَامَ تَنَزَّهَ عَنْ شِرَائِهِ، وَلَكِنْ مَعَ هَذَا لَوْ اشْتَرَاهُ يَطِيبُ لَهُ" ثم قال ايضاً: "إِذَا اخْتَلَطَ الْحَلَالُ بِالْحَرَامِ فِي الْبَلَدِ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ الشِّرَاءُ، وَالأخذ إِلَّا أَنْ تَقُومَ دَلَالَةٌ عَلَى أَنَّهُ مِنْ الْحَرَامِ، كَذَا فِي الأصلَ"[4]، وعلى ضوء هذا المبدأ نرى كثيراً من أهل العلم اجازوا التعامل مع من من كان في ماله حرام ولكن غالبه حلال، ومن هنا يمكن القول بجواز التعامل في هذا النوع من الاسهم، ويمكن تأصيل ذلك أيضا من خلال نصوص الفقهاء[5]:

قال الإمام الكاساني: "وَرُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّهُ قَالَ: " كُلُّ شَيْءٍ أَفْسَدَهُ الْحَرَامُ، وَالْغَالِبُ عَلَيْهِ الْحَلَالُ فَلَا بَأْسَ بِبَيْعِهِ"[6]، وما جاء عن الإمام السرخسي بهذا القيد أنه قال: "وَلِأَنَّ الْأَكثر يُنَزَّلُ مَنْزِلَةَ الْكَمَالِ وَالْأَقَلُّ تَبَعٌ لِلْأَكثر"[7].

ذهب القاضي ابن العربي في هذه المسألة فقال: "القاعدة السابعة: اعتبار الحاجة في تجويز الممنوع كاعتبار الضرورة في تحليل المحرم"[8]، وقال أيضاً: "والفرق بين القليل والكثير أصل في الشريعة معلومٌ"[9]، وقول الإمام المَقّري: "قاعدة التوسعة العامة عند مالك مالك توجب الاستثناء من الأصول قياساً على ما وردت به النصوص"[10].

---

[1]) الأشباه والنظائر، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى: ٩١١هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م، ص ٨٧، الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ، زين الدين بن إبراهيم، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: ٩٧٠هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان - الطبعة: الأولى ، ١٤١٩ هـ - ص ٧٦.

[2]) المنثور في القواعد الفقهية، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (المتوفى: ٧٩٤هـ)، وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م، ٢٥/٢.

[3]) ينظر: المدخل إلى الاقتصاد الإسلامي، ص ١٨٦- ١٨٧.

[4]) الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ، لابن نجيم، ص ٩٧.

[5]) ينظر: بحوث في الاقتصاد الإسلامي، ص ١٩٠ وما بعدها.

[6]) بدائع الصنائع، ١٤٤/٥.

[7]) المبسوط، السرخسي، ١٩/٩.

[8]) القبس على الموطأ، لابن العربي، طبعة/ دار الغرب الإسلامي، بيروت، سنة ١٩٩٢م، ٧٩٠/٢.

[9]) أحكام القرآن، القاضي محمد بن العربي المعافري الاشبيلي المالكي (المتوفى: ٥٤٣هـ)، وعلَّق عليه: محمد محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، الطبعة: الثالثة، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣م، ٢٦٢/٤.

[10]) رقم القاعدة (٨٧٥) من قواعد المقري، مخطوط بمركز الملك فيصل، الرياض، الورقة ٨١.

قال ابن رشد الجد[1]: "أن الأقل تبع للأكثر، شائعا كان أو غير شائع"[2].

قال الإمام السيوطي: "قَالَ- أي الإمام الغزالي- فِي الْإِحْيَاءِ: وَلَوْ اخْتَلَطَ فِي الْبَلَدِ حَرَامٌ لَا يَنْحَصِرُ. لَمْ يَحْرُمْ الشِّرَاءُ مِنْهُ، بَلْ يَجُوزُ الأخذ مِنْهُ، إلَّا أَنْ يَقْتَرِنَ بِهِ عَلَامَة عَلَى أَنَّهُ مِنْ الْحَرَام"[3]، وذكر الإمام الماوردي قريباً من ذلك بقوله: "لِأَنَّ الْيَسِيرَ يَكُونُ تَبَعًا لِلْكَثِيرِ وَلَا يَكُونُ الْكَثِيرُ تَبَعًا لِلْيَسِيرِ"[4]، وقال الإمام العز بن عبد السلام: "القليل يتبع الكثير في العقود"[5].

وقد فصل ابن تيمية هذه المسألة حينما سئل سؤالاً على وجه التحديد بما يتعلق بقريب من مسألتنا، "نَقَلَ عَنْ بَعْضِ السَّلَفِ مِنْ الْفُقَهَاءِ أَنَّهُ قَالَ: أَكْلُ الْحَلَالِ مُتَعَذَّرٌ لَا يُمْكِنُ وُجُودُهُ فِي هَذَا الزَّمَانِ. فَقِيلَ لَهُ: لِمَ ذَلِكَ؟ فَذَكَرَ: إنَّ وَقْعَةَ الْمَنْصُورَةِ لَمْ تُقَسَّمْ الْغَنَائِمُ فِيهَا وَاخْتَلَطَتْ الْأَمْوَالُ بِالْمُعَامَلَاتِ بها فَقِيلَ لَهُ: إنَّ الرَّجُلَ يُؤَجِّرُ نَفْسَهُ لِعَمَلٍ مِنْ الْأَعْمَالِ الْمُبَاحَةِ وَيَأْخُذُ أُجْرَتَهُ حَلَالٌ. فَذَكَرَ إنَّ الدِّرْهَمَ فِي نَفْسِهِ حَرَامٌ...فأجاب: قَالَ: أَكْلُ الْحَلَالِ مُتَعَذَّرٌ لَا يُمْكِنُ وُجُودُهُ فِي هَذَا الزَّمَانِ غالط مُخْطِئٌ فِي قَوْلِهِ بِاتِّفَاقِ أَئِمَّةِ الْإِسْلَامِ، فَإِنَّ مِثْلَ هَذِهِ الْمَقَالَةِ كَانَ يَقُولُهَا بَعْضُ أهل الْبِدَعِ وَبَعْضُ أهل الْفِقْهِ الْفَاسِدِ وَبَعْضُ أهل النُّسُكِ الْفَاسِدِ فَأَنْكَرَ الْأَئِمَّةُ ذَلِكَ" ثم رد على هذه المقالة وبين بان الغالب على اموال المسلمين الحلال بقوله: " فَإِنْ كَانَ الْحَلَالُ هُوَ الْأَغْلَبُ لَمْ يُحْكَمْ بِتَحْرِيمِ الْمُعَامَلَةِ، وَإِنْ كَانَ الحرام هُوَ الْأَغْلَبُ قِيلَ بِحِلِّ الْمُعَامَلَةِ وَقِيلَ بَلْ هِيَ مُحَرَّمَةٌ، فَأَمَّا الْمُعَامِلُ بِالرِّبَا فَالْغَالِبُ عَلَى مَالِهِ الْحَلَالُ إلَّا أَنْ يُعْرَفَ الْكُرْهُ مِنْ وَجْهٍ آخَرَ، وَذَلِكَ أَنَّهُ إذَا بَاعَ أَلْفًا بِأَلْفٍ وَمِائَتَيْنِ فَالزِّيَادَةُ هِيَ الْمُحَرَّمَةُ فَقَطْ، وَإِذَا كَانَ فِي مَالِهِ حَلَالٌ وَحَرَامٌ وَاخْتَلَطَ لَمْ يَحْرُمْ الْحَلَالُ، بَلْ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ قَدْرَ الْحَلَالِ كَمَا لَوْ كَانَ الْمَالُ لِشَرِيكَيْنِ فَاخْتَلَطَ مَالُ أحدهِمَا بِمَالِ الْآخَرِ، فَإِنَّهُ يَقْسِمُ بَيْنَ الشَّرِيكَيْنِ، وَكَذَلِكَ مَنْ اخْتَلَطَ بِمَالِهِ الْحَلَالِ الْحَرَامُ أَخْرَجَ قَدْرَ الْحَرَام وَالْبَاقِي حَلَالٌ لَهُ"[6]، وقال ابن القيم: "وَالْأحكام إِنَّمَا هِيَ لِلْغَالِبِ الْكَثِيرِ، وَالنَّادِرُ فِي حُكْمِ الْمَعْدُوم"[7].

وهذا كله ربما قد يؤدي إلى ترك مأمور أو فعل منهي عنه، وهذا لا يعني بأي حال من الأحوال إسقاط المأمورات أو إباحة المنهيات وإنما ذلك من قبيل العفو ومراعاة الحال.

- الالتفات إلى المقاصد والمعاني: ففي هذه الحالة هو الالتفات إلى المعاني والبواعث التي شرعت من اجلها الأحكام، وهذا الفهم تجده في تشريع البيوع وما من شأنه رعاية

---

[1]) هو محمد بن أحمد بن رشد، أبو الوليد: قاضي الجماعة بقرطبة. من أعيان المالكية. وهو جد ابن رشد الفيلسوف (محمد بن أحمد)، ولد في قرطبة ٤٥٠ه ، وبها نشأ وتعلم على يد أعلام علماء الأندلس، كان يحب التدريس ويحسن طرق التبليغ، تسعفه مادة غزيرة، وتفكير منظم، وعبارة منطلقة، وحرص على نفع الطلبة، ومن كتبه (البيان والتحصيل ، المقدمات الممهدات). ينظر: الأعلام، ٣١٦/٥- ٣١٧.

[2]) البيان والتحصيل، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: ٥٢٠هـ)، حققه: د محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان، الطبعة: الثانية، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨م، ٣٠٦/٧.

[3]) الأشباه والنظائر، السيوطي، ص ١٠٨.

[4]) الحاوي الكبير، ٣٦٦/٧.

[5]) قواعد الاحكام في مصالح الانام، ١٨٥/٢.

[6]) مجموع الفتاوى، ابن تيمية، ٢٧٣/٢٩ و ٣١١-٣١٢.

[7]) زاد المعاد في هدي خير العباد، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: ٧٥١هـ)، مؤسسة الرسالة، بيروت - مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، الطبعة: السابعة والعشرون ، ١٤١٥هـ، ١٩٩٤م، ٣٧٨/٥.

المصالح المتفقة مع مقاصد الشارع، ففهمنا من ذلك أن ما كان مقصوداً في العقد أصالة، وهو ما يتوجه إليه قصدُ العاقدين من المعاملة فهو المتبوع ويعرف بالمقصود الأكبر، وما كان تالياً للمقصود أصالة أو لاحقاً به في الاستهداف وتوجه الارادة فيها، فهو التابع أو المقصود تبعاً[١].

وعلى ضوء ذلك فهذا النوع من الاسهم وان كان فيه نسبة بسيطة من الحرام لكنها تبعاً، وليست أصلاً مقصوداً بالتملك والتصرف، فما دامت اغراض الشركة مباحة وهي أنشئت لأجل مزاولة نشاطات مباحة، وقد ذكر الفقهاء في هذه الخصوص بعض القواعد منها:

"يجوز تبعاً ما لا يجوز استقلالاً"[٢]، المقصود بها هنا ما يدخل في الشيء تبعا، فالتبعية هي كون الشيء مرتبطاً بغيره، فأصالة الاسهم لا يمثل موجودات الشركة فقط بل العقود والامتيازات والحقوق المعنوية، وادارة عناصر الانتاج في الاقتصاد المعاصر، فضلاً عن الموجودات الثابتة والموجودات المتداولة، والادارة التنفيذية[٣].

فقصد العاقدين متجهة نحو اصالة العقد دون ملحقاته، وتقليل شرائها من قبل المسلمين المخلصين يترتب توقف كثير من المشروعات الحيوية في العالم الإسلامي، فينبغي تنزيل المصلحة ورفع الحرج واستحضار حاجة الناس إلى اسهم الشركات في عالمنا الإسلامي، ووضع المقاصد مع مرونة كبيرة في الفقه، ورعاية التيسير والرحمة المأخوذة من الأدلة، وعلى هذا المبدأ أجاز أهل العلم التعامل خشية فوات مصلحة من المصالح المعتبرة شرعاً[٤]. ولكن بشرط ان ان لا يتعارض ذلك من نص شرعي ثابت أو اجماع، والا لا يكون في محله وموضعه، بل يكون من الأوصاف والمصالح الملغاة والقواعد والقرائن المردودة المهدورة، ومعدود من قبيل العمل الملغى الذي يجب تركه واجتنابه[٥]، حيث نمنع المترتب عليه الفوائد لمخالفته النصوص المعتبرة والمصالح، فإنه يعد من المصالح الملغاة، ونجوّز المترتب عليه الربح والخسارة من جانب المصلحة، فإنه يعدُّ من المصلحة المرسلة.

---

[١]) ينظر: أثر الادلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، د. مصطفى ديب البُغا، ٣٩/٢.

[٢]) ينظر: القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، عبد الرحمن بن صالح العبد اللطيف، الناشر: عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٣هـ/٢٠٠٣م، ٥٩٥/٢.

[٣]) ينظر: أثر الديون ونقود الشركة أو المحفظة على تداول الاسهم والصكوك والوحدات الاستثمارية، ص ٦٣-٦٣- ٦٤.

[٤]) ينظر: المدخل إلى الاقتصاد الإسلامي، ص ١٨٨.

[٥]) ينظر: المصلحة الملغاة في الشرع الإسلامي وتطبيقاتها المعاصرة، ص ٣٢ وما بعدها، مقاصد الشريعة الإسلامية، ابن عاشور، ص ٥٨.

المطلب الثاني

أثر الاستصلاح في استنباط حكم السندات

يتناول المطلب دراسة مفهوم السندات الذي يمثل أحد الاشكال الأساسية في اطار سوق الاموال، ومن المعلوم أن للسندات خصائص متعددة، وأسماء مختلفة متنوعة، لذلك لا يكون الحكم دقيقاً حتى نعرِّف بكل نوع منها، حيث تتمثل هذه الأنواع باعتبارات مختلفة من حيث الحصة والشكل والحقوق، وقد يتداخل بعضها في بعض، وربما قد يكون نوع واحد يعتريه عدة أحكام باتجاهات مغايرة وكل ذلك بعد التعرض لمفهومه، ثم نبين حكمه مع التوجيه، لان الحكم على الشيء فرع عن تصوره، لذلك أحاول أن أذكر كل شيء مع الالتزام للاختصار والإيجاز وعدم الاخلال.

الفرع الأول

تعريف السند وخصائصه

يتناول هذا الفرع حقيقة السند عند الاقتصاديين، والتأمل في تصور مفهوم النقود عند علماء الاقتصاد، يستدعي بذلك من حقائق ذات الصلة وربطها بجزئيات الاسواق المالية، وللتعرف على مفهوم السندات عند علماء الاقتصاد يجب معرفة التعريف اللغوي لها، للوصول إلى التعريف الاصطلاحي.

تعريف السند لغةً: يطلق السند في اللغة على معاني عدة منها:

١. الاعتماد: بمعنى الركون إليه والاتكاء عليه، **"**وكلُّ شيءٍ أسْنَدْتَ إليه شيئاً فهو مسند**"**[١].
٢. الارتفاع: وهو ما ارتفع من الارض من قبل الوادي أو الجبل، وقال أبن فارس: **"**وَالسَّنَدُ: مَا أَقْبَلَ عَلَيْكَ مِنَ الْجَبَلِ، وَذَلِكَ إِذَا عَلَا عَنِ السَّفْحِ**"**[٢].
٣. الانضمام: لا يخرج عن مضمونه بمعنى انضمام الشي إلى الشي، وكل ما يستند إليه فهم سند، ويقال سانَدتُه إلى شيء يتساند إليه، وما يستند إليه يسمَّى مِسنداً ومُسنداً. ويذكر الازهري الهروي قال**"**أَبُو عُبيد عَن الْأَصْمَعِي: سندتُ إِلى الشَّيْء أَسنُد سُنوداً: إِذا استَنَدْتَ إليه وأسندت إليه غَيْرِي. وَيُقَال: سانَدْتُه إِلى شَيْء يتسانَدُ إليه**"**[٣].

وهنالك معانٍ اخرى كثيرة لا تتعلق بالموضوع، والذي يعنينا هو ذكر اقرب المعاني لربطه بالعنوان، والاقتصاديون يطلقون السند باعتبار الانضمام، والمعنى اللغوي الثالث للسند قريب من المعنى الاصطلاحي، لأنه يتعلق مباشرة بمعنى السند المراد تعريفه في هذا المطلب.

---

[١]) العين، الفراهيدي، ٢٢٨/٧.
[٢]) مقاييس اللغة، ١٠٥/٣.
[٣]) تهذيب اللغة، محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي، أبو منصور (المتوفى: ٣٧٠هـ)، المحقق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي – بيروت، الطبعة: الأولى، ٢٠٠١م، ٢٥٥/١٢.

تعريف السند اصطلاحاً في عرف الاقتصاد الحديث:

لقد اختلفت تعريفات السند عند الاقتصاديين، حيث يتجه البعض في تعريفه من خلال النظر إلى خصائصه، بينما يذهب الآخرون إلى التركيز من زاوية أخرى من خلال وظائفه، وفضلاً عن هذا الاختلاف فثم مؤشر يشير إلى وجود شبه اتفاق لمفهوم السند داخل النظام الاقتصادي، وان كان موحداً من حيث المضمون مع اختلاف في الالفاظ[١]، وعلى سبيل المثال يمكن عرض مجموعة من التعريفات عند علماء الاقتصاد وهي:

١) يقول الدكتور عبد العزيز الخياط: "هو الصك القابل للتداول الذي تصدره الشركة ويمثل قرضاً طويل الأجل يعقد عادة عن طريق الاكتتاب العام"[٢].
٢) عُرِّف في الموسوعة الاقتصادية: "قرض طويل الأجل تتعهد الشركة المقترضة بموجبه ان تسدد قيمته في تواريخ محددة"[٣].
٣) نقل الدكتور علي محيي الدين القره داغي بأن السندات في عرف الاقتصاد الحديث هي: "عبارة عن وثيقة بقيمة محددة يتعهد مصدرها بدفع فائدة دورية في تاريخ محدد لحاملها"[٤].
٤) يقول الدكتور وهبه الزحيلي: " تعهد مكتوب بمبلغ من الدين (القرض) لحامله في تاريخ معين، نظير فائدة مقدرة"، وبعبارة اخرى " صك مالي قابل للتداول يُمنح للمكتتب لقاء المبالغ التي أقرضها، ويخوّله استعادة مبلغ القرض، علاوة على الفوائد المستحقة، وذلك بحلول أجله"[٥].
٥) نقل الدكتور أحمد الخليل عن القاموس الاقتصادي بأن السندات: "هي أوراق مالية تصدرها الدولة أو المؤسسات التزاماً بدين، ووثيقة عن القرض الممنوح لها، تعطي هذه السندات مالكيها حق الحصول على دخل محدد"[٦].

يستفاد من التعريفات السابقة اشياء متعددة، فالسند ورقة مالية تثبتُ دين لشخص على آخر، حيث يمثل دينا على الشركة بمثابة قروضاً تعقدها أو تصدرها الشركة متساوية القيمة، ولصاحب السند استرداد دينه عند انتهاء الأجل المعين وله الحق في استيفاء قيمة السند عند التصفية قبل صاحب السهم، مع التزام المصدر بنصيب من فائدة ثابتة ربحت الشركة أو خسرت[٧].

وسيتضح أكثر بياناً من مجموع التعريفات للسندات على بيان أنواعها، إذ لكل نوع منها ماهيته ووظيفته الخاصة التي يتميز بها من بقية الأنواع، لذا سيأتي مزيد بيان وإيضاح للمقصود بالسندات عن الحديث عن أنواعها في الفرع الثاني.

---

[١]) ينظر: بحوث في الاقتصاد الإسلامي، ص ٣١٦- ٣١٧.
[٢]) بحث مقدم لندوة الاقتصاد الإسلامي، د. عبد العزيز الخياط، ص ٢١١.
[٣]) الموسوعة الاقتصادية، راشد البراوي، طبعة/ دار النهضة العربية، سنة ١٩٧١م، ص ٣١٤.
[٤]) بحوث في الاقتصاد الإسلامي، ص ٣١٦.
[٥]) الفقه الإسلامي وادلته، د. وهبه الزحيلي، ٣/٢٠٠.
[٦])الاسهم والسندات واحكامها في الفقه الإسلامي،الخليل، ص٨٢.
[٧]) ينظر: بحوث في الاقتصاد الإسلامي، ص ٣١٦.

خصائص السندات

يكون الباعث على اصدار السندات عادة شعوراً لشركة ما، أو مؤسسة ما، بالحاجة إلى اموال جديدة، لتوسيع اعمالها أو للتغلب على الصعوبات المالية التي تواجهها، أو لإنشاء اعمال استثمارية، فتلجأ إلى الاستدانة بقروض طويلة الأجل عن طريق اصدار السندات وطرحها للاكتتاب العام، غير أن للسندات خصائص تتميز بها عن غيرها من الأوراق المالية وهي كالآتي:

(١) يعتبر السند شهادة دين على الشركة بمعنى أن صاحبه مقرض أو دائن، وليس جزءاً من رأس المال، فاذا أفلست الشركة سقط أجل الدين، واشترك صاحب السند مع باقي الدائنين للشركة[١].

(٢) يتلقى فائدة ثابتة سنوياً، دون النظر إلى ان الشركة ربحت أم خسرت أم كانت الارباح كثيرة، بناء على الفائدة الدورية المقررة له[٢].

(٣) عدم مشاركة صاحب السند في ادارة الشركة[٣].

(٤) لم يضع القانون حداً أدنى لقيمة السند، ولكنه يقضي بتساوي قيمة السندات بين حملته بإصدار واحد إزاء الشركة، وغالباً جرت العادة بارتفاع قيمة السندات[٤].

(٥) يحصل حامله على ضمان خاص على بعض موجودات الشركة، وقد يكون الضمان عاماً على اموالها، ولذلك يحصل على حقه في حالات التصفية قبل أن يحصل حامل السهم على اي شيء، كما يحصل صاحبه على قيمة سنده وفوائده دون النظر إلى تصفية الشركة، ومدته مختلفة حسب مصدّرها[٥].

---

[١]) ينظر: الفقه الإسلامي وادلته، د. وهبه الزحيلي، ٢٠٠/٣.
[٢]) ينظر: بحث مقدم لندوة الاقتصاد الإسلامي، د. عبد العزيز الخياط، ص ٢١١.
[٣]) ينظر: بحوث في الاقتصاد الإسلامي، ص ٣١٨.
[٤]) ينظر: الاسهم والسندات واحكامها في الفقه الإسلامي، د. احمد بن محمد الخليل، ص ٩٢.
[٥]) ينظر: القانون التجاري شركات الاموال، مصطفى كمال طه، ص ٩٣.

الفرع الثاني

أنواع السندات

فمن المتعارف عليه ان البنك المركزي هو الذي يقوم بإصدار النقود في أغلب دول العالم، ولكن للسندات أنواع كثيرة، ولا تزال الأفكار الاقتصادية تبتكر الكثير، ولا تزال المؤسسات الاقتصادية ودور المال تفكر في المزيد من أنواع السندات وغيرها وتتفنن في كيفية جلب أصحاب الاموال وشدهم وجذبهم إلى إيداع مدخراتهم في تلك المؤسسات بأية وسيلة مجدية في نظرها.

ولا يغيب عن الأذهان ما يقع كل يوم على نوع جديد وابتكار جديد نتيجة للتطورات الاقتصادية والالكترونية المتلاحقة، وكلما كانت الأوراق المالية متفقةً في تعاملاتها مع معتقدات الشعوب وتطلعاتهم كلما كانت استجابتهم لها أكثر، وبالتالي تكون فعالية أدوات السوق وآلياتها بمزايا تُعد من أهم الابتكارات في دفع عملية التنمية اقوى واعظم، ويمكن أن نذكر أهمها مع حكمها.

أولا: أنواعها من حيث مصدرها، وهي:

١. سندات الدولة، حيث تصدرها لتمويل الانفاق العام.
٢. سندات الهيئات الدولية أو المنظمات الإقليمية، ويصدر هذا النوع من هيئات دولية كالبنك الدولي للتعمير والانشاء، وتستخدم الاموال المقترضة في تمويل أعمالها[١].
٣. سندات المؤسسات الحكومية المحلية، وهي صكوك متساوية القيمة، تمثل ديناً في ذمة الحكومة، ويصح أن يكون السند قابلاً للتداول بالطرق التجارية، التي تصدرها لتمويل مخططاتها وإنفاقها.
٤. سندات الشركات التجارية والصناعية والخدمية، التي تصدرها بضمان بعض أموالها أو جميعها لتمويل مشاريعها[٢].

وهي تتنوع كما يأتي:

أ) سندات مستحقة الوفاء بعلاوة إصدار: حيث تصدر الشركة سند الاصدار بمبلغ معين يسمى سعر الاصدار ولكنها تتعهد برد المبلغ في ميعاد الوفاء بسعر أعلى مضافاً إليه علاوة تسمى علاوة اصدار[٣].

ب) سندات عادية ذات الاستحقاق الثابت: وهو صك يصدر بقيمة اسمية محددة ليس لها سوى قيمة واحدة، وتعطى عليها فوائد ثابتة مرتفعة عادة، حين حلول الأجل فضلاً عن قيمة السند عند نهاية مدة القرض[٤].

ت) سندات مضمونة: وهو السند الذي تقدم الشركة ضماناً عينياً للوفاء به، بمعنى أنها تشبه النوع التي تسبقها لكنها مضمونة بضمان شخصي أو عيني تميزها

---

[١]) ينظر: بحوث في الاقتصاد الإسلامي، ص ٣١٨.
[٢]) ينظر: الاسهم والسندات واحكامها في الفقه الإسلامي، د. احمد بن محمد الخليل، ص ٨٣.
[٣]) ينظر: الوسيط في الشركات التجارية، علي حسن يونس، دار الفكر العربي، ص ٤١٩.
[٤]) ينظر: بحث مقدم لندوة الاقتصاد الإسلامي، د. عبد العزيز الخياط، ص ٢١١.

عن غيرها، بأن ترهن عقاراً أو مالاً عينياً في مقابل السندات المضمونة، ومن الضمان الشخصي الكفالة التي تقدمها الحكومة مثلاً لحملة السندات، وهذا النوع يصدر عندما تحتاج الشركة إلى اجتذاب رجال المال لإقراضها بالنقد، لكي تتلافي سوء أحوالها المادية[١].

ث) سندات النصيب: وهي السندات التي تخول لصاحبها الحصول على فوائد سنوية ثابتة، إضافة مع ذلك يجري فيها يانصيب سنوي، يعطي الفائزين فيه حق الحصول على مبلغ زائد عن فوائده، وقد منعت القوانين اصدار هذا النوع الا بقانون خاص أو بإذن من الحكومة[٢].

ج) السندات القابلة للتحول إلى الاسهم: التي تعطي للمساهمين بقرار من الجمعية العامة غير العادية، وتعطي لحاملها الحق في طلب تحويلها إلى أسهم لزيادة رأس المال، وهذا النوع أقرته بعض الدول كالقانون المصري والفرنسي والالماني، بينما لم يقره كثير من التشريعات[٣].

وفي هذا النوع من السندات ينقلب حملة السندات من دائنين للشركة إلى شركاء فيها، والتحويل هذا يعني الزيادة، ولذلك تجب مراعاة القوانين المقررة لزيادة رأس المال بوجه عام، ويتم بعدها الوفاء بالأسهم الجديدة بطريق المقاصة[٤] مع قيمة السندات[٥].

ح) السندات ذات الحق في شراء الاسهم: وهذا النوع يختلف من حيث المضمون عن سابقه، ويستخدم غالباً في الدول الغربية، وهي سندات تصدر بمعدل فائدة محددة، بمعنى أنه يستمر مالكاً للسندات بفوائدها مع حقه بشراء عدد من الاسهم مسبقاً دون أن يفقد وضعه كدائن، بينما السندات القابلة للتحول إلى أسهم فلا يستطيع صاحبها التحول الا بفقد سنداته، لأنه سيستبدلها بأسهم[٦].

وهنالك سندات أخرى، منها ما هي معروفة كسندات الاستثمار وسندات التوفير ذات الجوائز وسندات الدخل، ومنها مستحدثة وابتكار جديد، كسندات مربوطة بالقوة الشرائية وسندات بفائدة ثابتة وشروط متغيرة وسندات تعطي صاحبها في شراء أوراق مالية طيلة فترة محددة معروفة بشهادة حق[٧].

حكمها على هذا المنوال قرض بفائدة، وأن جميعها تصدر بفائدة دورية على رأس المال ولا يخفي ذلك فهي محرم إصدارها وتداولها، ولصاحبها إن عاد إلى رشد أن يأخذ رأس ماله[٨]، لقوله

---

١) ينظر: الوسيط في الشركات التجارية، علي حسن يونس، ص ٤١٩.

٢) ينظر: شركات المساهمة، أبو زيد رضوان، دار الفكر العربي، سنة ١٩٨٣م، ص ١٤٨.

٣) ينظر: بحوث في الاقتصاد الإسلامي، ص ٣١٩.

٤) وهي شبكة تعود ملكيتها واحقية تشغيلها إلى البنوك، تربط المصارف المشتركة بنظام التحويلات المالية. ينظر: المصارف والنقود الالكترونية، د. نادر عبد العزيز شافي، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس لبنان – الطبعة الأولى، ٢٠٠٧م، ص ١٨٧.

٥) ينظر: القانون التجاري شركات الاموال، مصطفى كمال طه، ص ١٠٢- ١٠٣.

٦) ينظر: الاسهم والسندات واحكامها في الفقه الإسلامي، د. احمد بن محمد الخليل، ص ٨٦- ٨٧.

٧) ينظر: بحوث في الاقتصاد الإسلامي، ص ٣٢٠- ٣٢٦.

٨) ينظر: بحث مقدم لندوة الاقتصاد الإسلامي، د. عبد العزيز الخياط، ص ٢١٢- ٢١٣، بحوث في الاقتصاد الإسلامي، ص ٣٢٧.

تعالى: ﴿ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَٰلِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ ﴾[1]، فهو دين على الشركة بطريق الاكتتاب فهو ليس اشتراكاً في الشركة، وليس مضاربة فيها، ولا يقوم على الربح والخسارة، بل لصاحب السند ضمان عام حتى انتهاء أجل الدين أو تصفية الشركة، وعلى هذا فإننا اذا عرضنا السندات ذات الفائدة على قواعد الشرع نجدها تحكم بعدم جوازها وببطلانها، وهذا هو ما عليه واقع السندات اليوم بجميع أنواعها[2].

ثانيا: أنواع السندات من ناحية الشكل ومن حيث التملك هي:

١. سندات اسمية: وهو السند الذي يصدر ويذكر فيه اسم الدائن ويكون شأنها شأن الأسهم الاسمية.
٢. سندات لحاملها: وهو سند يصدر فلا يذكر اسم الدائن ويعتبر الحائز عليه مالكاً له[3].

ثالثا: أنواع السندات من حيث الرد وهي:

١. سندات لها صفة الاستمرارية: وهي سداد نقدي في موعد الاستحقاق، مستفيداً من عوائدها، وقد تكون القيمة التي تسترد هي نفس ما دفع، وقد تكون أعلى فترد بعلاوة الإصدار[4].
٢. سندات لا يتم استهلاكها بانقضاء مدة معينة: وهذه السندات ليس لها مدة محددة لاستحقاقها، وتكون الفائدة تجري وفق سدادها أبدياً.
٣. ردها عن طريق تحويلها إلى اسهم كما سبق[5].
٤. سندات تخول لحاملها الحق في استرداد قيمتها بإرادته المطلقة: ردها عن طريق الإحلال فليس لهذه السندات تاريخ محدد للاستهلاك، فيسترد السند وقت ما يشاء، وحينئذ يكون رهناً بمشيئة المقترض[6].

رابعا: أنواع السندات من ناحية الأجل وهي:

١. سندات قصيرة الأجل: وهي السندات التي لا يبقى أكثر من خمس سنوات فأقل بحسب المصدر، وتتمتع بفائدة منخفضة نسبية ولكنها تمتاز بانخفاض درجة المخاطرة، كسندات الخزينة[7].
٢. سندات متوسطة الأجل: وهي السندات التي يزيد أجلها عن سندات قصيرة الأجل، فتكون ما بين خمس سنوات إلى عشر سنوات، وتكون معدلات الفائدة أيضاً أعلى منها.

---

[1]) سورة البقرة: من الآية ٢٧٩.

[2]) ينظر: المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، محمد شبير، دار النفائس، ١٤١٦ه، ص ١٧٩وما بعدها.

[3]) ينظر: أسواق الأوراق المالية، سمير عبد الحميد رضوان، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ص ٢٩٦، شركات المساهمة، أبو زيد رضوان، ص ١٥٧.

[4]) ينظر: الاسهم والسندات واحكامها في الفقه الإسلامي، د. احمد بن محمد الخليل، ص ٨٩.

[5]) ينظر: بحوث في الاقتصاد الإسلامي، ص ٣٢٥.

[6]) ينظر: أسواق الأوراق المالية، سمير عبد الحميد رضوان، ص ٢٩٩.

[7]) ينظر: الأوراق المالية وأسواق رأس المال، د. منير هندي، طبعة منشأة المعارف- الاسكندرية، ص ٣٢.

٣. سندات طويلة الأجل: وهي السندات التي يزيد أجلها عن سبعة أعوام وتمتد ربما إلى عشرين عاماً، وتصدر بمعدلات فائدة أعلى من السندات التي سبقتها، كسندات العقارية[١].

الحكم الشرعي لهذه السندات كسابقيه من أنواع السندات، فهي عين ربا النسيئة الذي لا خلاف في حرمته، كما أنه لا توجد ضرورة في شراء هذه السندات أو تداولها، بل إن بعض أنواعها عبارة عن الربا والقمار كما في سندات اليانصيب، ولا نريد ان نتطرق إليها بالتفصيل ونتوسع خوفاً من الإطالة والابتعاد عن صلب الاستنباط الأصولي المطلوب ربطه مع الموضوع، وسيتم توضيح التكييف الفقهي في موضعه، والذي يهمنا تأهيل وتحضير مدى توفير القيود الشرعية وفق الاستنباط الأصولي والقواعد الفقهية.

الفرع الثالث

الحكم الشرعي لإصدار السندات

اختلف العلماء المعاصرون في حكم السندات كما اختلف العلماء القدامى حول حجية المصلحة، فقد اختلفوا أيضاً حول التكييف الفقهي للسندات، فليس للسندات طبيعة محددة ومصطلح ثابت في علم الاقتصاد والقانون وكذا في فكر الفقه والتشريع، فظهرت عدة تعاريف لها، تتفق فيما بينها من حيث المضمون وان اختلفت من حيث الشكل والصياغة، فقد اختلفتْ آراء العلماء إلى أربعة اتجاهات، اعرضها بحسب الجواز المطلق، وعدم الجواز المطلق، والتفصيل وما أشبه ذلك، وبعد استعراض الآراء، سيقوم الباحث بمناقشة المسألة وترجيحها، وهي:

القول الأول: جواز التعامل بالسندات مطلقاً ومناقشته:

يرى عدد من الباحثين ان السندات تكيّفت على أساس عقد المضاربة، وهذا الرأي ذهب إليه عدد من العلماء[٢]، وقال به، الدكتور غريب الجمال، والشيخ علي خفيف، والشيخ عبد الوهاب خلاف، والشيخ ياسين سويلم، والشيخ محمد سلام مدكور، والشيخ محمد الغزالي. حيث استندوا في تكييفهم أنها معاملة نافعة للجانبين، وقد جعلوها مشابهة للمضاربة، ونسبوه إلى الأدلة التي اثبتتها، ونعرض هذه الأدلة ثم نناقشها بعد ورودها وكما يأتي:

(أ) قاسوها على مرتكزات عقد المضاربة منطلقاً لاجتهادات الفقهاء لا لآرائهم، علماً أنه لم يرد نصٌ صريحٌ يبين شروط عقد القراض، وأن العرب تعاملت به قبل مجيء الاسلام، فلما جاء أقره، وأما شروط المضاربة التي ذكرها المجتهدون فهي شروط اجتهادية، استنبطت من قواعد الشريعة لا من النصوص، فهي إذن ظنية قابلة للتعليل والتغيير.

(ب) أن هذه المعاملة لم تكن موجودة في عصر التشريع، وإنما استحدثت في نظام الأوراق المالية حيث تعد قيمة مالية، يمكن الانتفاع بها، فتأخذ حكم المسكوت

---

[١]) ينظر: أسواق النقد والمال، د. محمد البنا، زهراء الشرق، سنة ١٩٩٦م، ص ١٣١، احكام التعامل في الاسواق المالية المعاصرة، د. مبارك بن سليمان بن محمد آل سليمان، ص ٢٠٢.

[٢]) ينظر: المصارف والاعمال المصرفية في الشريعة الإسلامية والقانون، الطبعة دار الشرق، مؤسسة الرسالة، ص ١٣٩ وما بعدها، حكم الشريعة على شهادات الاستثمار، بحث مقدم إلى المؤتمر السابع لمجمع البحوث الفقهية الإسلامية ص ٣٨، نقلا في بحث مقدم لندوة الاقتصاد الإسلامي، د. عبد العزيز الخياط، ص ٢١٥، نقله د. غريب جمال في بحثه، ص ١٤٠، صحيفة الاتحاد/ أبو ظبي، نقله وعيتر في حكم الاسلام في شهادات الاستثمار، ص ٩٧ وما بعدها.

عنه، وهو أن الأصل في المعاملات والمنافع الجواز، فتكون بذلك مباحة[1]، وكل ذلك ليس فيه مخالفة لشريعتنا السمحة وفقهنا الإسلامي في جميع المعاملات وسلوكيات عصرنا الحاضر وفقاً للقاعدة الفقهية الأصل في المعاملات الاباحة، ولأن الإسلام يحث الإنسان على الابتكار والتزود بالعلم والمعرفة، فالعلم والـدين لا تعارض بينهما.

(ج) أن الحاجة الملحة ومقارنتها مع النظام النقدي الورقي السائد، يتحتم التعامل بالسندات.

(د) الزيادة على رأس المال هي نوع من المكافأة أو الهبة، وقد صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاء الزيادة عندما قال لبلال: ((أَعْطِهِ أوقِيَّةً مِنْ ذَهَبٍ وَزِدْهُ)) ، "قَالَ: فَأَعْطَانِي أوقِيَّةً مِنْ ذَهَبٍ، وَزَادَنِي قِيرَاطًا"[2]، وقال عليه الصلاة والسلام: ((وَمَنْ صَنَعَ إِلَيْكُمْ مَعْرُوفًا فَكَافِئُوهُ))[3].

(ه) تعتبر السندات وديعة أذن صاحبها بتمويل المشاريع الانتاجية والتصديرية والاستثمارية وليستْ الغرض الفائدة.

(و) ان الفائدة المحرمة تتعلق بالجانب الاستهلاكي لا الجانب الانتاجي[4].

مناقشة القول الأول وأدلته:

يجدر بنا الإشارة إلى أهم الأمور التي حصل بسببها الخلاف أَلَا وهي جعلها مشابهة للمضاربة، وشبهة الفوائد الربوية وحكم المنفعة بسبب القرض، وأخذ القروض الانتاجية.

الدليل الأول: يوجد فرق بين عقد المضاربة وشراء السندات أهمها، أن المضاربة هي دفع مال لآخر ليتجر به على أن يكون الربح بينهما مشاعاً، والخسارة على صاحب المال وحده والعامل يخسر عمله وجهده، بينما صاحب السند لا يقوم على خطر المغامرة في الربح والخسارة، بل لصاحب السند ضمان عام على الشركة برد قيمة سنده عند تصفية الشركة أو حلول الموعد.

وتجدر الاشارة إلى أن المضاربة تعاقد ثنائي بين طرفين يقدم أحدهما المال، ويقوم الطرف الثاني في العمل فيه، على أن يقسم الربح وفقاً لحصة تحدد بالاتفاق بينهما، فإن كانت نسبة ثابتة فهو قرض لا قراض، ويؤكد ذلك الإمام أبن قدامه في المضاربة حين قال: "خُذْ هَذَا الْمَالَ فَاتَّجَرَ بِهِ. وَرِبْحُهُ كُلُّهُ لَك. كَانَ قَرْضًا لَا قِرَاضًا"[5]، وقال الإمام الدردير[6]: "(وَضَمِنَهُ) الْعَامِلُ: أَيْ يَضْمَنُ مَالَ الْقِرَاضِ لِرَبِّهِ لَوْ تَلِفَ أو ضَاعَ بِلَا تَفْرِيطٍ (فِي) اشْتِرَاطِ (الرِّبْحِ لَهُ) : أَيْ لِلْعَامِلِ، بِأَنْ قَالَ لَهُ رَبُّهُ اعْمَلْ فِيهِ وَالرِّبْحُ لَك؛ لأنه حِينَئِذٍ صَارَ قَرْضًا وَانْتَقَلَ مِنْ الْأَمَانَةِ إلى الذِّمَّةِ"[7]، طالما شرط

---

[1]) ينظر: الموافقات، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (المتوفى: ٧٩٠هـ) - دار ابن عفان- الطبعة: الطبعة الأولى ١٤١٧هـ، ص ٥١٣/٢.

[2]) صحيح مسلم، باب بيع البعير واستثناء ركوبه، رقم الحديث ١١١(٧١٥)، ١٢٢٢/٣.

[3]) صحيح ابن حبان، باب ذكر الامر بالمكافأة لمن صنع إليه معروف، رقم الحديث ٣٤٠٨، وأخرجه الترمذي وابو داود وغيرهما، وقال شعيب الأرنؤوط أسناده صحيح على شرطهما – البخاري ومسلم -.

[4]) ينظر: بحوث في الربا، محمد ابو زهرة، ص ٣٣.

[5]) المغني، ٢٥/٥.

[6]) هو أحمد بن محمد بن أحمد العدوي، أبو البركات الشهير بالدردير: فاضل، من فقهاء المالكية. ولد في بني عدي (بمصر) وتعلم بالأزهر، وتوفي بالقاهرة ١٢٤١ه. من كتبه (أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، تحفة الاخوان في علم البيان). ينظر: الأعلام، ٢٤٤/١.

[7]) حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ٦٩٢/٣.

صاحب المال على العامل نسبة معينة كان ذلك قرضاً جرَّ نفعاً، فكيف إذا كان العقد في حقيقته وظاهره عقد قرض بزيادة، أيصح أن يقال بجوازه وإباحته؟

الدليل الثاني: تسمية الشيء بغير حقيقته (القرض) أو وصفه بغير حقيقته لا يغير من حقيقته شيئاً، وبالنسبة أن هذا المعاملة تأخذ حكم المسكوت عنه مغالطة، لأن القرض ثبت تحريمه، والسندات عقد قرض لا غبار عليه في الشريعة والقانون[1].

الدليل الثالث: الإقراض بالربا محرم، لا تبيحه حاجة ولا ضرورة، وكذلك الاقتراض بالربا حرام، ولا يرتفع إثمه إلا اذا دعت إليه الضرورة، وبذلك يقول الإمام الزركشي في كلامه الذي يصف الضرورة التي يستباح بها الحرام هي أن يبلغ الإنسان "حَدًّا إنْ لَمْ يَتَنَاولْ الْمَمْنُوعَ هَلَكَ أو قَارَبَ كَالْمُضْطَرِّ لِلْأَكْلِ وَاللُّبْسِ بِحَيْثُ لَوْ بَقِيَ جَائِعًا أو عُرْيَانًا لَمَاتَ أو تَلِفَ مِنْهُ عُضْوٌ"[2]، وهذا بالإضافة ما يؤيد قول رسول الله صلى الله عليه وسلم عندما صوّر الضرورة التي تبيح الحرام في سؤال أبي وأقد الليثي رضي الله عنه قال قلت يا رسول الله إنّا بارض تصيبنا مخمصةٌ فما يحل لنا من الميتة، قال عليه الصلاة واتم التسليم ((إذا لم تصطبحوا ولم تغتبقوا ولم تحتفوا بقلًا شأنكم بها))[3]، ولو ترك المستثمر الاستثمار بالسندات لم يهلك ولم يصبه اذى فانتفت الضرورة، وان منع الربا هو ركن أساسيٌّ في الاقتصاد الإسلامي لأنه لا يبيح كسب الأموال الخبيثة.

الدليل الرابع: الزيادة على رأس المال في حالة القرض لا تجوز للمقترض إذا كانت مشروطه، علماً بأن سند المقارضة يضمن فيه رأس المال مع ثبوت الفائدة المشروطة المخافة للأدلة القطعية، بخلاف المنافع غير المشروطة فدلت أدلة كثيرة على جوازه، ويؤيد ذلك ما قاله الإمام الحصكفي: "القرض لا يتعلّق بالجائز من الشّروط فالفاسد منها لا يبطله ولكنّه يلغو شرط ردّ شيءٍ آخر فلو استقرض الدراهم المكسورة على أن يؤدّي صحيحًا كان باطلاً، وكذا لو أقرضه طعامًا بشرط ردّه في مكان آخر وكان عليه مثل ما قبض فإن قضاه أجود بلا شرطٍ جاز ويجبر الدّائن على قبول الأجود... وفي الخلاصة القرض بالشّرط حرامٌ والشّرط لغوٌ"[4]، قال النووي: "الإقراض مندوبٌ ... ولا يجوز بشرط ردّ صحيحٍ عن مكسّرٍ أو زيادةٍ، ولو ردّ هكذا بلا شرطٍ فحسنٌ"[5]، قال موسى المقدسي[6]: " - القرض - مندوب وما يصح بيعه صح قرضه... ويحرم كل كل شرط جر نفعا وإن بدأ به بلا شرط أو أعطاه أجود أو هدية بعد الوفاء جاز"[7].

---

[1]) ينظر: شبهات معاصرة لاستحلال الربا، محمد الشباني، دار عالم الكتب، ١٤١٢ه، ص ١٥٧.

[2]) المنثور في القواعد الفقهية، الزركشي، ٣١٩/٢.

[3]) " يَعْنِي بِالِاصْطِبَاحِ الْغَدَاةَ وَالِاغْتِبَاقِ الْعَشَاءَ وَالِاحْتِفَاءِ جَمْعَ الْبَقْلِ وَأَكْلَهُ وَذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يَأْكُلُ الْمَيْتَةَ مَا مَا وَجَدَ تَعْلِيلًا مِنْ تَبَقُّلٍ أو غَيْرِهِ يُمْسِكُ نَفْسَهُ وَيُؤَمِّنُهُ الْمَوْتَ ". المنتقى شرح الموطأ، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي الباجي الأندلسي (المتوفى: ٤٧٤هـ) - مطبعة السعادة - بجوار محافظة مصر - الطبعة: الأولى، ١٣٣٢ هـ، ص ١٣٨/٣.

[4]) الدر المختار، الحصكفي، ٢٨٦/٥.

[5]) المنهاج، النووي، ٣/ ٢٩ – ٣٤.

[6]) هو موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم المقدسي، ثم الصالحي، شرف الدين، أبوالنجا: فقيه حنبلي، من أهل دمشق. كان مفتي الحنابلة وشيخ الإسلام فيها. (المتوفى: ٩٦٨هـ) نسبته إلى (حجة) من قرى نابلس. له كتب، منها (زاد المستقنع في اختصار المقنع، مختصر المقنع). ينظر: الأعلام، ٣٢٠/٧.

[7]) زاد المستقنع في اختصار المقنع، موسى المقدسي، دار الوطن للنشر – الرياض، ص ١١٣.

يفهم من جميع النصوص ان القرض جائز لقول النبي صلى الله عليه وسلم ((من اقرض مسلماً درهماً مرتين كان له اجر صدقة مرة))[١]، ولا يجوز فيه منفعة مثبت عند العقد للقاعدة الفقهية " كل قرض جر نفعا فهو ربا[٢]" اما لو كانت الزيادة بلا شرط فمستحب كما ورد في الأثر اقترض بكراً ورد رباعياً، وقال ((ان خياركم أحسنكم قضاءً))[٣].

الدليل الخامس: وهذه الأمور يراد بها لبس الحق بالباطل بان يحتالوا بشتى الحيل، لان القصد من توديع الأموال هي الاستفادة، والغرض من قبل البنك هو استخدامها على أن يرد مثلها[٤]، فالعبرة بالمقصود والمعنى لا بالألفاظ والمبنى، فهذه أحكام القرض ولو سميت وديعة[٥].

الدليل السادس: نحتاج الأن إلى توضيح لهذا الكلام، لو نظرنا إلى قروض الجاهلية التي حرمها الإسلام، نجدها قروضاً انتاجيةً لأن مكة كانت مدينة تجارية عظيمة، وأهلها اعتادوا القيام برحلتين تجاريتين كما هو معلوم في سورة قريش[٦]، والعرب كانت تتعامل في الربا لأغراض التجارة! الم يكن العرب تجاراً ! فما المانع من التعامل بالربا وهم الذين قالوا ﴿إِنَّمَا ٱلۡبَيۡعُ مِثۡلُ ٱلرِّبَوٰاْ﴾[٧]، ونجد في الوقت نفسه ان العربي في الصحراء قليل الغذاء وبسيط الملبس وغير ذلك من الاشياء المتواضعه الموجودة في حياتهم المتواجدة في الصحراء القاسية، ومع هذا تمّ حرمت الربا للغبن والظلم[٨].

---

١) مسند أبي يعلى، أبو يعلى أحمد بن علي بن المثُنى بن يحيى بن عيسى بن هلال التميمي، الموصلي (المتوفى: ٣٠٧هـ) - المحقق: حسين سليم أسد - الناشر: دار المأمون للتراث – دمشق - الطبعة: الأولى، ١٤٠٤ - ١٩٨٤، رقم الحديث ٥٠٣٠، ٤٤٣/٨.

٢) ينظر: الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ، لابن نجيم المصري، ص ٢٢٦.

٣) صحيح البخاري، كتاب الوكالة، باب وكالة الشاهد والغائب جائزة - رقم الحديث، ٢٣٠٥.

٤) ينظر: حوار في الاقتصاد بين الاسلام والماركسية والرأسمالية، السامرائي – ١٠٩ – ١١٠.

٥) ينظر: شهادات الاستثمار وفوائد البنوك، محمد ياقوت، دار الفرقان، سنة ١٤١١ه، ص ٩.

٦) ينظر: بحوث في الربا، محمد ابو زهرة، ص ٣٤.

٧) سورة البقرة: جزء من الآية ٢٧٥.

٨) ينظر: موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، د. علي السالوس –دار القران - مصر – الطبعة السابعة- ٢٠٠٢ م، ص ١١١- ١١٣.

القول الثاني: تحريم السندات بكل أنواعها.

يذهب هذا الاتجاه إلى نظرة مخالفة ومعاكسة للقول الأول الذي سبقه، من ترتب الفائدة الربوية التي لا يستطيع أحد من الأطراف الانفكاك عنها بحال من الاحوال، كأنها تختلط بالربا ان لم تكن من الربا، وكأن لسان حال الطرف الاعلى (وهي الشركة)تقول للطرف الأدنى (وهو الدائن) لا تكن أيها الطرف شريكا الا بشرط ان أدفع فائدة القرض، فقالوا بعدم جوازها، وممن يقول من العلماء بهذا، وهو قول الكثرة الغالبة من الفقهاء والباحثين المعاصرين وفي مقدمتهم[1]، الشيخ محمد أبو زهرة، والدكتور وهبه الزحيلي، والدكتور عبد العزيز الخياط، والدكتور صالح المرزوقي، والدكتور علي السالوس، والشيخ محمد عثمان شبير، والشيخ مصطفي الهمشري، والشيخ عبد المجيد سليم، والشيخ محمد ياقوت، ومجلس مجمع الفقه الإسلامي، وهنالك علماء كثر لا يسع ذكرهم خوفاً من الإطالة، وعلى هذا المنوال حرموا التعامل بالسندات للأسباب الأتية:

(١) لا يوجد أدنى شك أن حقيقة السندات أنها قروض بفوائد حتى في نظر القانونيين كما عرفنا في جميع أنواعها، وأن صاحبها دائن للحكومة أو الشركة ويسترد ماله في المدة المحددة إضافة إلى فوائدها دون النظر إلى خسارة الشركة وأرباحها، وهذا هو الربا، ومعلوم أن تحريم الربا تحريماً قاطعاً[2]، قال تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ ﴾[3]، ﴾[3]، قَالَ تَعَالَى:﴿ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ ٱلرِّبَوٰا۟ لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ ٱلَّذِى يَتَخَبَّطُهُ ٱلشَّيْطَـٰنُ مِنَ ٱلْمَسِّ ۚ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوٓا۟ إِنَّمَا ٱلْبَيْعُ مِثْلُ ٱلرِّبَوٰا۟ ۗ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟ ﴾[4]، وصورة الربا في السندات تشبه تماماً صورة ربا الجاهلية الذي نزل القران بتحريمه[5].

(٢) هذه الفوائد هي عين ربا النسيئة الذي لا خلاف في حرمته، كما لا توجد ضرورة في شراء هذه السندات أو تداولها، بل إن بعض أنواعها عبارة عن الربا والقمار كما في سندات اليانصيب، قال الإمام الرازي في تفسيره: "رِبَا النَّسِيئَةِ فَهُوَ الأمر الَّذِي كَانَ مَشْهُورًا مُتَعَارَفًا فِي الجاهلية، وَذَلِكَ أَنَّهُمْ كَانُوا يَدْفَعُونَ الْمَالَ عَلَى أَنْ يَأْخُذُوا كُلَّ شَهْرٍ قَدْرًا مُعَيَّنًا، وَيَكُونُ رَأْسُ الْمَالِ بَاقِيًا، ثُمَّ إِذَا حَلَّ الدَّيْنُ طَالَبُوا الْمَدْيُونَ بِرَأْسِ الْمَالِ، فَإِنْ تَعَذَّرَ عَلَيْهِ الْأَدَاءُ زَادُوا فِي الْحَقِّ وَالأجل، فَهَذَا هُوَ الرِّبَا الَّذِي كَانُوا فِي الجاهلية يَتَعَامَلُونَ بِهِ"[6]، وقال الإمام الجصاص: "وَلَمْ يَكُنْ تَعَامُلُهُمْ

---

[1]) ينظر: قرارات والتوصيات الصادر في الدورة السادسة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقدة بجدة سنة ١٤١٠ هـ - قرار رقم ٦٢/١١/٦ بشأن السندات، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، محمد شبير، ص ١٧٩وما بعدها، حكم ودائع البنوك وشهادات الاستثمار في الفقه الإسلامي، علي السالوس، ط/دار الثقافة، ص ٦٩، بحث مقدم لندوة الاقتصاد الإسلامي، د. عبد العزيز الخياط، ص ٢١٢، الشركات في ضوء الاسلام، د. صالح المرزوقي، جامعة الإمام، ص ٣٩٥، شركة المساهمة في النظام السعودي دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، محمد صالح، ١٩٤٩م، ص ٣٩٥، شهادات الاستثمار وفوائد البنوك، محمد ياقوت، دار الفرقان، ١٤١١ه، ص ٢٢، الاسهم والسندات واحكامها في الفقه الإسلامي، د. احمد بن محمد الخليل، ص ٢٩٢- ٢٩٣.

[2]) ينظر: الحاوي الكبير، الماوردي، باب الربا - ٧٤/٥.

[3]) سورة النساء: من الآية ٢٩.

[4]) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

[5]) ينظر: بحوث في الربا، محمد ابو زهرة، ص ٣٤.

[6]) مفاتيح الغيب، الرازي، ٧٢/٧.

بِالرِّبَا إلَّا عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي ذَكَرْنَا مِنْ قَرْضِ دَرَاهِمَ أو دَنَانِيرَ إلى أَجَلٍ مَعَ شَرْطِ الزِّيَادَةِ"[1]، فأصبح كثير من الناس ينطبق عليهم قول النبي صلى الله عليه وسلم: ((ليأتينّ على النّاس زمانٌ، لا يبالي المرء بما أخذ المال، أمن حلالٍ أم من حرام))[2]، وقوله الذي يروى أيضاً ((ليأتينّ على النّاس زمانٌ لا يبقى أحد إلّا أكل الرّبا، فإن لم يأكله أصابه من غباره))[3].

(٣) لا يمكن وصف العلاقة بأنها عقد مشابه للمضاربة وليست مضاربة لتعلقها بمستفيد واحد يقيناً مع جهالة استفادة الأخرين فيحدث الغبن، ولا يمكن تكييفها بأنها وكالةٌ في علاقتها، لأن صاحب المال ليس له حق التدخل في شؤون المؤسسة المانحة والمصدّرة للسندات، إذن فهو مخالف لتكييفها الفقهي، فقد اتفق الفقهاء في صحة الوكالة بصورة عامة كلّ من صحّ تصرّفه في شيءٍ بنفسه، ولا يجوز للوكيل أن يبيع ويشتري بالوكالة المطلقة الا وفق ضوابط وقيود وهو غير متحقق بالسندات[4].

وبالنسبة للقرض لا ينطبق في علاقتها، لأن العلاقة تدور حول التزام البنك لمن يقبل التعامل بالسندات، وأما القرض مندوب بالاصطلاح الفقهي بالنسبة للمقرض لعموم قوله تعالى: ﴿وَأَحْسِنُوٓاْ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُحْسِنِينَ ﴾[5]، واما بالنسبة للشخص الذي يأخذ القرض فهو مباح لثبوته عن النبي صلى الله عليه وسلم، ثم بيّن ضابط القرض بما يصح بيعه، وكل ما لا يصح بيعه لا يصح قرضه[6].

ثم يرد المستقرض مثل ما اقترضه في المثليات والقيمة في المتقومات بشرط إذا تعذر المثل، لأنها حينئذٍ تثبت في الذمة، ويحرم شرط الزيادة في العقد، لأنه عقد ارفاق وقربة، فإذا ثبت الشرط أخرجه عن موضوعه، وإذا زاده بلا شرط جاز كما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم[7].
وسلم[7].

القول الثالث: التفصيل بين أنواع السندات، وهؤلاء على اتجاهين:

الاتجاه الأول: يبيح إصدار السندات ذات الجوائز فقط.

ولقد ذهب بعض العلماء إلى جواز السندات التي تتضمن جوائز تسحب لأصحابها من حين لأخر، وبه قال الشيخ عبد العظيم بركة، والشيخ جاد الحق علي جاد الحق[8]. وقد استندا وفقاً للأدلة للأدلة الآتية:

---

[1]) أحكام القرآن، الجصاص، ١٨٤/٢.

[2]) رواه البخاري – كتاب البيوع – باب النهي عن مضاعفة الربا - رقم الحديث – ٢٠٨٣.

[3]) رواه ابو داود – كتاب البيوع – باب اجتناب الشبهات – رقم الحديث – ٣٣٣١. وَقَدِ اخْتَلَفَ أَئِمَّةُ الحديث فِي سَمَاعِ الْحَسَنِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ فَإِنْ صَحَّ سَمَاعُهُ مِنْهُ فَهَذَا حَدِيثٌ صَحِيحٌ " والتعليق - من تلخيص الذهبي ٢١٦٢ - سماع الحسن من أبي هريرة بهذا صحيح . ينظر : المستدرك على الصحيحين، بتحقيق مصطفى عبد القادر عطا- ١٣/٢ .

[4]) ينظر: بحوث في الاقتصاد الإسلامي، ص ٣٢٧.

[5]) سورة البقرة: جزء من الآية ١٩٥.

[6]) ينظر: الروض المربع شرح زاد المستقنع، البهوتى ص ٣٦١.

[7]) ينظر: مغني المحتاج، الشربيني، ٢٩/٣ – ٣٤، حاشية ابن عابدين، ١٦٦/٥.

[8]) ينظر: الاسهم والسندات واحكامها في الفقه الإسلامي، د. احمد بن محمد الخليل، ص ٣١٠.

(أ) هذا النوع من السندات ذات الجوائز دون الفائدة يدخل في نطاق الوعد الذي أباحه بعض الفقهاء، ومن ثم تصبح قيمة الجائزة من المباحات شرعاً.

(ب) أن هذه السندات بمثابة قرض فهي مندوبة، حيث إن المصلحة فيها متحققة والمفسدة متوهمة، والأحكام تبنى على الحقائق، وما اشترط في عقد المضاربة من جعل الربح مشاعاً بين المالك والعامل من أجل ألا يُحرم أحد من الربح، والأمر في سندات ذات الجوائز يختلف، لأن هذه المشروعات مبنية على قواعد اقتصادية مضمونة النتائج، فكلا الطرفين استفاد وانتفي الاستغلال والحرمان[1].

مناقشة الأدلة:

الدليل الأول: أن البنوك عندما تحدد الجوائز تسير حسب نسبة مئوية مقررة، ولا يستطيع أي بنك يخالف هذه النسبة المقررة، إذن هي لا تخرج عن حكم القرض الذي جر نفعاً، فإن لم يكن من الربا فلا يخلو فيه شبهة الربا الذي لا شك في أنه حرام شرعاً.

هذه اذا سلمنا انها خالية من الفوائد، لان قسماً منها تعطي مع الجوائز فوائد ربوية، فهي بذلك تجمع بين الربا والقمار، فتكون أشد تحريماً من غيرها من السندات، فينطبق عليها ما قيل في أدلة تحريم السندات[2].

الدليل الثاني: هذا الرأي ينشق إلى شقين، فالشق الأول قال هو قرض حسن متحقق ولكنه زيّد عليه بفائدة مشروطة أو مثبتة عند العقد فهو ربا بالإجماع وليس قرضاً حسناً، ولا تكون المصلحة فيما حرم الله، فالمصلحة المرسلة أو المسكوت عنها، إذا وجد ما ينافيها ويخالفها التحققْ بالمصالح الملغاة، فيكون ثبوت هذا الضرب من المصالح الملغاة ثابتاً بالأدلة أو المعاني الكلية، وليس بالأدلة أو الأصول الجزئية والقريبة[3].

والشق الثاني قياسه على المضاربة فاسد وقد بينا ذلك في مناقشة الاتجاه الأول بدليلهم الأول، وقلنا بعدم المشابهة بين السندات وفق القوانين المتعارف عليها، والمضاربة وفق ضوابطها الفقهية، فليس من المبرر استفادة الطرفين يخرجه عن كونه ربا، لأن القرض الربوي غالباً تكون المنفعة للطرفين، فالمقرض يُرد إليه رأس المال مع الفائدة المثبتة عند العقد، والمقترض ينتفع به فيما أخذه لأجله، وبذلك أن استفادة الطرفين لا تخرج العقد عن أنه عقد ربوي محرم[4].

الاتجاه الثاني: يبيح إصدار سندات المؤسسات الحكومية:

ويمثل هذا الرأي الدكتور محمد سيد طنطاوي، حيث أفتى بجواز إصدار سندات التنمية التي تصدرها الدولة والمقصود هنا البنك الأهلي المصري، بالعملة الأمريكية وهي الدولار، لغرض تمويل المشاريع الانتاجية والتصديرية، واستثمارها في الأعمال التي لا غنى عنها للمجتمع، وقد بنى رأيه بجواز إصدار هذه السندات، وكيفية الغرض من إصدارها على امور[5]، أهمها ما يأتي:

---

[1]) ينظر: الإسلام ومشكلاتنا الحاضرة، د. محمد يوسف موسى، المكتب الفني للنشر، القاهرة، ١٩٥٨م، ص ٦٣- ٦٤.

[2]) ينظر: بحوث في الاقتصاد الإسلامي، ص ٣٢٤.

[3]) المصلحة الملغاة في الشرع الإسلامي وتطبيقاتها المعاصرة، ص ٩٣، مقاصد الشريعة الإسلامية، ابن عاشور، ص ٥٨.

[4]) ينظر: الاسهم والسندات واحكامها في الفقه الإسلامي، د. احمد بن محمد الخليل، ص ٣١٣.

[5]) ينظر: المعاملات في الإسلام، محمد سيد طنطاوي، مجلة الأزهر، الجزء ١١، ١٩٩٧م، ص ٧١.

(١) زبائن السندات لم يدفعوا أموالهم للبنك بقصد الإيداع، وإنما بقصد توكيله عنهم في استثمارها لهم.
(٢) العبرة من هذه السندات هو تمويل المشاريع الانتاجية التي لا يستطيع المجتمع الاستغناء عنها.

(٣) يرى أنها تعامل نافع للجانبين في توفير فرص العمل، والقضاء على البطالة، ورفع مستوى المعيشة لأفراد المجتمع، فالفائدة نابعة من الحاجة الحقيقية التي يقررها ارباب الخبرة والمعرفة.

(٤) تحديد الفوائد يتم بالتراضي بين العاقدين، ولا يسري بينما نزاع بشأن القرض الممنوع للمقرض.

(٥) الحاجة المآسة والتطوير لتتلاءم مع الواقع الذي نعيشه، حيث تمثل أسلوباً جديداً ومتطوراً من أساليب تنمية الموارد لتفتح آفاقاً جديدة في التعامل مع الدول الاجنبية، تصل إلى درجة ضرورة التعامل بها.

❖ **مناقشة الأدلة:**

الرأي الأول: أن مشتري السندات لم يدفعوا أموالهم الا بقصد التوكيل في استثمارها مجرد دعوى لا تطابق الواقع العملي، وتسمية الاشياء بغير مسمياتها، لان حقيقة شراء السندات هو عقد ربوي يكون فيها المصدّر مديناً، والمشتري دائناً، وتنشأ بينهما بناء على ذلك، وهذا التصرف محظور مخالف لقواعد الشرع وأصوله، فقد ورد عن ابن عباس رضي الله عنه أَنَّه قال فِي رجل كان لَه على رجل عشرون درهما ، فجعل يُهدي إليه وجعل كُلما أَهدَى إليه هدِية باعها حتى بَلَغَ ثمنها ثلاثة عشر درهما ، فقال ابن عباس رضي الله عنه: **"لا تأْخذ منه إِلا سبعة دراهم"**[١].

ثم لو كان البنك وكيلاً عن أصحاب الأموال لوجب أن يتحمل نتيجة هذا الاستثمار من ربح أو خسارة كما هو مقرر شرعاً، ولا يضمن أن لم يفرط لأنه أمين، بينما تجد صاحب السندات يسترد ماله فرّطت الشركة أم لم تفرط، ويأخذ على ذلك ربحاً ثابتاً، فليس هذا من الوكالة في شيء[٢].

الرأي الثاني: أن الله حين حرم الربا يعلم أن فيه منافع لجميع أفراد البشرية، ومنهم الفقير المحتاج الذي قد لا يجد من يقرضه الا بالربا، كما هو الحال متحقق في عقد شراء السندات، ولكن حكمة أحكم الحاكمين اقتضت الموازنة بين المصالح والمفاسد، وقضت بتحريم الشيء إذا

---

[١]) السنن الكبرى، البيهقي –باب كل قرض جر منفعة فهو ربا، رقم الحديث ١٠٩٣٠، ٥٧٢/٥، اسناده صحيح. ينظر: إتحاف الخيرة المهرة بزوائد المسانيد العشرة، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن أبي بكر بن إسماعيل بن سليم بن قايماز بن عثمان البوصيري الكناني الشافعي (المتوفى: ٨٤٠هـ)، المحقق: دار المشكاة للبحث العلمي بإشراف أبو تميم ياسر بن إبراهيم، دار النشر: دار الوطن للنشر، الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩م، ٣٧٩/٣.

[٢]) ينظر: اللباب في شرح الكتاب، الميداني، ١٤٤/٢ – ١٤٥، بداية المجتهد، ابن رشد – ٨٦/٤ – ٨٧، الاقناع، الإمام الشربيني، ٣٢٢/٢، الروض المربع شرح زاد المستقنع، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى (المتوفى: ١٠٥١هـ)، دار المؤيد - مؤسسة الرسالة، ص ٣٦١.

كانت مفسدته راجحة على مصلحته، فلابد من ضرورة محكمة من قبل الشارع مثل ان تمس بوجود الإنسان وهو ما يترتب عليه تلف النفس أو عضو من اعضاءه فيمكن حينئذ جواز اخذ الربا ويكون هذا هو الباعث لذلك، فان كان الشيء يتعلق بحاجيات الإنسان أو التحسينيات فلا يمكن له اخذ الربا بأي صورة كانت لأنه ممتنع، ولا يجوز الحاقه بالأصل لاختلاف الحالة بين الموقفين[١]، ويبين ذلك الصحابي ابن سلام رضي الله عنه برواية أبي بردة رضي الله عنه قال: "أَتَيْتُ الْمَدِينَةَ فَلَقِيتُ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ سَلاَمٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فَقَالَ: "أَلاَ تَجِيءُ فَأُطْعِمَكَ سَوِيقًا وَتَمْرًا، وَتَدْخُلَ فِي بَيْتٍ" ، ثُمَّ قَالَ: "إِنَّكَ بِأَرْضٍ الرِّبَا بِهَا فَاشٍ، إِذَا كَانَ لَكَ عَلَى رَجُلٍ حَقٌّ، فَأَهْدَى إِلَيْكَ حِمْلَ تِبْنٍ، أو حِمْلَ شَعِيرٍ، أو حِمْلَ قَتٍّ، فَلاَ تَأْخُذْهُ فَإِنَّهُ رِبًا"[٢].

الرأي الرابع: أن أصحاب السندات ليست لهم أي علاقة بالمشاريع التي يستثمرها البنك، حتى نستطيع أن نقول يحق لإصحاب السندات جزء من الارباح التي تتحقق عن طريق المشروعات الانتاجية التي يقيمها أو يشارك فيها، وبهذا يتضح أنها فوائد ربوية ثابتة لا يغير من حقيقة العقد، كما لا يغير من الحكم الشرعي لهذه السندات، وقال الإمام ابن قدامة: "وَكُلُّ قَرْضٍ شَرَطَ فِيهِ أَنْ يَزِيدَهُ، فَهُوَ حَرَامٌ، بِغَيْرِ خِلَافٍ، قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ: أَجْمَعُوا عَلَى أَنَّ الْمُسَلِّفَ إذَا شَرَطَ عَلَى الْمُسْتَسْلِفِ زِيَادَةً أو هَدِيَّةً، فَأَسْلَفَ عَلَى ذَلِكَ، أَنَّ أَخْذَ الزِّيَادَةِ عَلَى ذَلِكَ رِبًّا"[٣].

الرأي الثالث والخامس: شراء السندات وتداولها وإصدارها لا تصل إلى درجة الضرورة الشرعية، وقد بيّنا ذلك في أكثر من موضع، فذلك دليل على بطلان دعوى الضرورة.

الترجيح:

وبعد هذا العرض، وقبل الترجيح يجدر الإشارة إلى أمر مهم من خلاله يتوثق الترجيح، وهو ان الشريعة الإسلامية لا تحجر قيام عقود جديدة في المعاملات بشرط ان تكون حسب ضوابط الشرع، والسندات لا يمكن قبولها، ولا تسويغها، ولا تكييفها بوكالة أو مضاربة إذ لا ينطبق عليها واحد من حدود هذين العقدين في نظر الشرع، وإنما هي وعد بفائدة فكلما اقرضتَ اقتضت الفائدة منه عن طريق مصدّر السند.

الحكم الشرعي لهذه السندات:

لا يغيب عن نظر الفقيه: أن الأصل الشرعي هو الحل في المعاملات، ولكن الواقع في السندات أنها تنتهي إلى إتاحة الفرصة للبنوك الربوية في أن تحصل على نشاطاتها الربوية، وهذا لا شك أنه وسيلة أو غاية سيئة، بسبب الفوائد الربوية وهم ما يعتبرونه ربحا لهم، ولذلك فإن المعاملات من حيث قبولها ورفضها تتحدد بموجب ما يراه الشرع مناسباً ومعتبراً، وليس بما يضعه الناس بأهوائهم وتشهياتهم وتلذذهم، لأن كل ذلك ليعد من قبيل المصالح المهدورة والمنافع الباطلة المردودة.

وبعد النظر في أدلة وآراء الاتجاهات يميل الباحث والذي يراه إلى ترجيح القول الثاني لما تندرج فيه الشروط المؤدية إلى الربا، بل هو عين ربا الجاهلية " أتقضي ام تربي"[٤] والله أعلم.

---

[١]) ينظر: موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، د. علي السالوس، ص ٧٤٤ – ٧٤٥.

[٢]) صحيح البخاري، باب مناقب عبد الله بن سلام رضي الله عنه، رقم الحديث ٣٨١٤، ٣٧/٥.

[٣]) المغني، ٢٤٠/٤.

[٤]) ينظر: الموطأ، مالك بن أنس– كتاب البيوع – باب ما جاء في الربا في الدين - رقم الحديث ٢٤٨٠، ٩٧١/٤.

الفرع الرابع

أثر المصلحة في استنباط حكم السندات

مما تقدم نستنتج أن المصلحة عند الأصوليين التي تبحث في مثل هذا المقام إلى ما يعود على الناس بنفع أو يدفع عنهم مفسدة ولم يرد دليل باعتباره أو إلغائه وهو محل بحثنا، لأن هذه الغاية يمكن الوصول إليها عن طريق العمل الطيب والكسب الحلال وهي لا تبرر وسيلة تؤدي إلى الإضرار بالغير.

ومن الجدير بالذكر أن الأصوليين عندما قالوا بالمصلحة لم يفتحوا الباب على مصراعيه لاعتبارها بل وضعوا شروطاً وقيوداً كما بينا سابقاً لغلق باب الأهواء ومنع استغلال هذا الدليل في تحقيق المصالح الملغاة، وكما يدل عليه أسمه مطروح وباطل، لا يعلل به ولا يعول عليه ولا يستند إليه، وهو واجب الترك والإبطال والاجتناب، قال الإمام الرازي: "أما المناسب الذي علم أن الشرع ألغاه فهو غير معتبر أصلا[1]"، وقد نصّ ابن مفلح بقوله: "المرسل الملغى ... فهذا مردود إجماعاً[2]"، وقد ذكر غير هذين من القدامى والمعاصرين نفس الحكم للوصف المناسب الملغى، معتبرين إياه مردوداً ومستبعداً لا يلتفت إليه ولا يعول عليه.

والتعامل بالسندات يترتب عليه مضار، وتنتج عنه مفاسد، وتحقيق المصلحة تقتضي أن تتجنب هذه المضار والمفاسد، وما يثار من أن التعامل بها يؤدي إلى تحقيق مصلحة تتمثل بجلب النفع للجهة المصدرة، أو المصرف بتصديره السندات للجهة التي تستثمر فيها، فإن هذا من قبيل المنافع الملغاة، وهي تشبه المنافع التي يمكن أن تنتج عن الخمر، ﴿ يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْخَمْرِ وَٱلْمَيْسِرِ ۖ قُلْ فِيهِمَآ إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَٰفِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَآ أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا ﴾[3]، إلا أنها منافع ملغاة ومصالح تهدر أمام المفاسد الناتجة عنها[4].

لاحظ أن هنالك مصالح ملغاة يقيناً، في بعض أنواع هذه السندات كاليانصيب مثلاً، فقد دلتْ أدلة كثيرة على إلغاء النفع القليل أمام الإثم الأكبر والفساد الأعظم، فلا مجال في إجازتها تحقيقاً للمصلحة، لأنها مصالح أهدرها الشرع أصلاً، واعتبرتْ النفع القليل من قبل المصالح المرجوحة وتتساوى مع المصالح الخيالية والوهمية تماماً، كما في قوله تعالى عن الخمر والميسر: ﴿ وَإِثْمُهُمَآ أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا[5] ﴾، والدليل النبوي أيضاً نصَّ على الغائها كما في حديث الكفارة بسبب المعاشرة الزوجية في نهار رمضان، فقد ثبت على أن يكون العتق أولاً، وأن الصوم ثانياً، وأن

---

[1]) المحصول، للرازي، ١٦٥/٥.

[2]) أصول الفقه، شمس الدين محمد المعروف بأبن مفلح المقدسي الحنبلي، تحقيق فهد بن محمد السدحان، مكتبة العبيكان/ الرياض، الطبعة الأولى، سنة ١٤٢٠ه/١٩٩٩م، ١٢٨٩/٣.

[3]) سورة البقرة: من الآية ٢١٩.

[4]) المصلحة الملغاة في الشرع الإسلامي وتطبيقاتها المعاصرة، ص ٨٣.

[5]) سورة البقرة: من الآية ٢١٩.

الإطعام ثالثاً، فلا ينبغي تقديم الصوم عن العتق بدعوى زجر المفطر وردعه بلا موجب شرعي، والتعليلات غير المناسبة[1].

وعلى هذا المنوال اذا عرضنا السندات ذات الفائدة على أصول الشرع في الشركات نجدها تحكم بعدم جوازها وببطلانها للأسباب التالية:

(١) تتبع الأدلة الكلية: :أن الأصل الشرعي هو الحِل في المعاملات، ولكن الواقع في السندات أنها تنتهي إلى غاية سيئة هي نوع من التعاون على الإثم والعدوان، في إتاحة الفرصة للبنوك الربوية في أن تحصل على نشاطاتها الربوية، وهذا لا شك أنه وسيلة أو غاية سيئة، بسبب الفوائد الربوية وهم ما يعتبرونه ربحا لهم.

تحقيق المصلحة يتم بدفع مفسدة، ومن ثم فلابد من تجنب تلك المضار والمفاسد، إن أردنا تحقيق المصلحة فعلاً، ومن أشد هذه المضار على العالم الإسلامي الأن هو استخدام بعض الأوراق المالية التي تجر على مصدرها سيلاً من الديون مقابل التأخير المتضاعفة بتضاعف التأخير المسمى بالربا المركب، وأخيرا فهذا الاتجاه يستنفذ دعائم الاقتصاد الوطني، والقطاعات المنتجة فيه، مما ينعكس سلباً علي مستوى حياة الأفراد، والحياة الاقتصادية، وبذلك يظهر جلياً بُعدها عن الشريعة الغراء[2].

فقد تحدث القران الكريم في مواضع عدة عن حرمة الربا ووجوب اجتنابه الذي كان شائعا عند العرب منها قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُواْ ٱلرِّبَوٰٓاْ أَضۡعَٰفٗا مُّضَٰعَفَةٗۖ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ لَعَلَّكُمۡ تُفۡلِحُونَ ﴾[3]، قَالَ تَعَالَى: ﴿ ٱلَّذِينَ يَأۡكُلُونَ ٱلرِّبَوٰاْ لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ ٱلَّذِي يَتَخَبَّطُهُ ٱلشَّيۡطَٰنُ مِنَ ٱلۡمَسِّۚ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمۡ قَالُوٓاْ إِنَّمَا ٱلۡبَيۡعُ مِثۡلُ ٱلرِّبَوٰاْۗ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ﴾[4]، وقَالَ تَعَالَى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِيَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓاْ إِن كُنتُم مُّؤۡمِنِينَ فَإِن لَّمۡ تَفۡعَلُواْ فَأۡذَنُواْ بِحَرۡبٖ مِّنَ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦۖ وَإِن تُبۡتُمۡ فَلَكُمۡ رُءُوسُ أَمۡوَٰلِكُمۡ لَا تَظۡلِمُونَ وَلَا تُظۡلَمُونَ ﴾[5].

وأما السنة: فعن أبي هريرة رضي اللّه عنه، عن النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم قال: ((اجتنبوا السّبع الموبقات)) ، قالوا: يا رسول الله وما هنّ؟ قال: ((الشّرك باللّه، والسّحر، وقتل النّفس الّتي حرّم اللّه إلّا بالحقّ، وأكل الرّبا، وأكل مال اليتيم، والتّولّي يوم الزّحف، وقذف المحصنات

---

[1]) ينظر: عمدة القاري شرح صحيح البخاري، العينى، ٢٨١/٢٠.
[2]) ينظر: الاسلام والثروة، عبد العزيز الكحلوت، صحيفة الدعوة الإسلامية/ الطبعة الثانية، ١٤٠٢هـ، ص ١٠٥ـ ١٠٧.
[3]) سورة آل عمران: ١٣٠.
[4]) سورة البقرة: ٢٧٥.
[5]) سورة البقرة: ٢٧٨ ــ ٢٧٩.

المؤمنات الغافلات))[1]. وثبت بالسند الصحيح عن جابر رضي الله عنه قال " لعن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم آكل الرّبا، ومؤكله، وكاتبه، وشاهديه " ، وقال: " هم سواءٌ "[2].

واجمعت الأمة على ان الربا محرم: قال الإمام الماوردي: أجمع المسلمون على تحريم الرّبا وإن اختلفوا في فروعه وكيفيّة تحريمه حتّى قيل إنّ الله تعالى ما أحلّ الزّنا ولا الرّبا في شريعةٍ قطّ، وهو معنى قوله: ﴿ وَأَخْذِهِمُ ٱلرِّبَوٰاْ وَقَدْ نُهُواْ عَنْهُ ﴾[3]، يعني: في الكتب السّالفة[4].

(٢) العبرة بالمضمون والمدلول: صاحب السند له ضمان على الشركة في أن يسترجع حصته التي دفعها في رأس المال كاملة حتى لو خسرتْ الشركة، بينما المساهم ليس له ضمان على المشتركين أو الشركة، وعلى هذا فقد ظهر جلياً أن السندات حتى في نظر القانونيين تكيّف على أنها قروض بفوائد، وأن صاحبها دائن للحكومة أو الشركة، مع بُعدها عن المضاربة والمشاركة لعدم وجود الخسارة مع استحقاق ارباح بنسبٍ ثابتةٍ[5].

(٣) الإضرار الاقتصادي: وهو الظلم المتمثل في أكل المال بالباطل، أي بدون مقابل وكما أنه لا توجد ضرورة في شراء السندات بجميع أنواعها إلا أن الاقتصاديين الماديين الذين ينظرون إلى النشاط الاقتصادي من جهة فردية دون سواه، يحاولون ان يصلوا إلى منفعتهم بشتى الوسائل، وإن أدى ذلك إلى ضرر الآخرين، بل الأدهى والأمر ان الاقتصاديين يقرون بان الإنسان لا يعمل الا من اجل مصلحته الشخصية المادية، فحاولوا بذلك على معالجة جانب واحد فلجئوا إلى اختيار شيء تميل إليه النفوس الإنسانية وهو الجانب المادي، فتكونت الدوافع والرغبة لأخذ الربا[6].

بينما نحن المسلمون بمقتضى النظر بعين الاعتبار لإيماننا الذي يدفعنا ان نعمل في دنيانا الفانية لنسعد في آخرانا كما نعتقد، ونقول لهؤلاء الماديين الذين ينظرون من زاوية ضيقة، ان الإسلام يحرم زوال الضرر بالضرر ويقدم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة فينتج من ذلك الاهتمام بالنشاط الاقتصادي الذي يعود على المجتمع كله بالنفع لا بالضرر.

ان المشكلة الاقتصادية مطروحة على مستوى الأفراد والجماعات والامم، ومما يخفف من حدة هذه المشكلة الاقتصادية حسن ادارة الموارد الاقتصادية وتنميتها وتوزيعها، كما يخفف من حدتها الاقتصار على الحاجات المشروعة بمعنى لا يدخل فيها سرف ولا ترف ولا تبذير،ولا يغفل القارئ ان يؤمن أحدهم بالله في امور الشرع ويتجاهل تعاليمه في الاقتصاد.

---

[1]) رواه البخاري، كتاب الوصايا، باب اكل اموال اليتامى، رقم الحديث ٢٧٦٦، ٤/ ١٠.

[2]) رواه مسلم، كتاب المساقاة، باب لعن اكل الربا – رقم الحديث – ١٥٩٨.

[3]) سورة النساء: من الآية ١٦١.

[4]) ينظر: الحاوي الكبير، ٧٤/٥.

[5]) ينظر: بحث مقدم لندوة الاقتصاد الإسلامي، د. الخياط، ص ٢١٣، بحوث في الاقتصاد الإسلامي، ص ٣٢٧.

[6]) ينظر: المبادي الاخلاقية في التعامل المالي في أوربا، مصطفى ملا أوغلو – الدورة الثامنة عشرة – دبلن – ١٤٢٩هـ، ص ٢- ٣، النظام الاقتصادي في الاسلام، محمد عبد اللطيف احمد - دراسات في الاسلام يصدرها المجلس الاعلى للشؤون الإسلامية – وزارة الأوقاف مصر – العدد السابع والاربعون، ص ٦٠ – ٦٥.

ومن هنا نعلم ان الإسلام لا يحرم الشيء الا إذا غلب ضرره على نفعه وفقاً للقاعدة الفقهية "لأن درء المفاسد أكد من جلب المصالح[1]" وان للربا اضراراً كثيرة تغلب على منفعته في مختلف المجالات نذكر بعضها كما يأتي:

أ- الأخلاق والاقتصاد:

أصبح الاقتصادي يفر من أي تقيد يقيده وسببه ان الربا يطبع نفوس المرابين بطابع الأنانية، فيرى ان هذه القيود تعوق النشاط الاقتصادي وتثبط التقدم.

بينما الاخلاق هي العلاج لسلامة الجميع مما يقيد الحريات ليضمن روح التعاون بين أفراد المجتمع، وتشجيع التعاون على الخير، فيعود القرض الحسن إلى الواقع ويمكن من خلال الاخلاق تمييز الحسن والقبح والحق والباطل، وان من ركائز الاخلاق هو اقرار المعروف ونفي المنكر[2].

ب- تعطيل الطاقات البشرية:

الربا يعطل الامكانيات البشرية من الاستثمار والإنتاج وكذا الترقي والتقدم في جميع المجالات الفكرية والبدنية وسببه خمد الطاقات البشرية لأن المرابي يسهل عليه الكسب لأنماء ماله بالربا فيألف الكسل ويكره العمل وهذا ما قاله الإمام الرازي في تفسيره "إنّما حرّم الرّبا من حيث إنّه يمنع النّاس عن الاشتغال بالمكاسب، وذلك لأن صاحب الدّرهم إذا تمكّن بواسطة عقد الرّبا من تحصيل الدّرهم الزّائد نقدًا كان أو نسيئةً خفّ عليه اكتساب وجه المعيشة، فلا يكاد يتحمّل مشقّة الكسب والتّجارة والصّناعات الشّاقّة، وذلك يفضي إلى انقطاع منافع الخلق، ومن المعلوم أنّ مصالح العالم لا تنتظم إلّا بالتّجارات والحرف والصّناعات والعمارات[3]" ولا تتوقف تعطيل الطاقات على المرابين وحسب بل تمتد فتصيب كثيرا من أفراد المجتمع، وذلك ان الربا يوقع العمال في مشكلات اقتصادية صعبة[4]، بل أن بعض السندات أشد ايغالاً في الحرمة، كسندات اليانصيب وسندات الاصدار بعلاوة، وهي التي يستردها صاحبها بأزيد مما أقرض به الشركة مضافاً إليها الفائدة السنوية الثابتة[5].

ت- الإنتاج والربا:

ان الإسلام حث على الإنتاج المباشر ولذلك قال النبي صلى الله عليه وسلم: ((الا من ولي يتيما له مال فليتجر فيه ولا يتركه حتى تأكله الصدقة[6]))،وكما روي عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: " اتجر في اموال اليتامى لا تأكلها الزكاة[7] " أي تنقصها. بينما نجد مصلحة تحسين الإنتاج تنخفض بشكل منتظم من خلال القروض الربوية، وذلك

---

[1]) ينظر: الأشباه والنظائر، السبكي، ١/١٠٥.

[2]) ينظر: التغيرات في قيمة النقود والاثار والعلاج في الاقتصاد الإسلامي، د. خليفي عيسى – دار النفائس للنشر والتوزيع – الاردن – ط الأولى – ٢٠١٠م، ص ١٩٧.

[3]) مفاتيح الغيب، أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري (المتوفى: ٦٠٦هـ) - دار إحياء التراث العربي – بيروت - الطبعة: الثالثة - ١٤٢٠ هـ، ٧/٧٤.

[4]) ينظر: بحوث في الاقتصاد الإسلامي، ص ٣٢٨.

[5]) ينظر: الربا واثره على المجتمع الإنساني، د. عمر سليمان الاشقر، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة – دار النفائس – الاردن – ط الأولى، ١٤١٨ هـ، ص ٦٢٠.

[6]) سبق تخريجه

[7]) سبق تخريجه

لأن المصلحة لا تتجه راساً إلى الإنتاج والاهتمام به، وانما تتجه إلى نية الفائدة المضمونة له أنتج المشروع أم لم ينتج ولا يهمه ترقية مستوى الإنتاج وتحسينه في المشروع[١]، مما يقلل من الكفاءات الفنية والبشرية، فإذا كانتْ قيمة السند ألف دينارٍ وسميت له فائدة بمقدار ٥% سنوياً فإنه يتقاضى من الشركة فائدة خمسين ديناراً سنوياً، وفي هذا ضرر للشركة، فربما لم تربح سوى هذا المبلغ وربما خسرتْ، علاوة على أنه ربا[٢].

ث- عدالة التوزيع:

عملاً بهذا المبدأ وأيماناً بهذه الحقيقية ان المشروع سواء ربح ام خسر فان عدالة التوزيع لن تتحقق بسبب الظلم الواقع فيه المقترض لأنه لن يسدد القرض فقط بل وفوائده أيضاً، وبالتالي تكون خسارته خسارتين، خسارة المشروع وخسارة تسديد الدين، بينما نجد الإسلام قد جعل المشاركة بدلاً من الربا فحقق العدالة في الربح والخسارة بإبعادها المختلفة كالتكافل المعيشي وتقليل الفوارق بين الناس في الثروة[٣].

ج-الربا والاستثمار والادخار:

معنى الاستثمار يتحقق بتقديم رأس حصة من المال المتكون من مجموع حصص لتكوين الشركة، ويشترك الشركاء في الربح والخسارة معاً، ولا يتحقق هذا في السندات، وإن الهدف الاقتصادي للأنظمة الاقتصادية هو تحقيق التعاون بين الاستثمار والادخار[٤]، ولكن ضعف التعاون الاقتصادي وسببه الفائدة، لا تؤدي التوظيف الكامل للأموال الربوية وكذا الشخصية، فيؤدي انخفاض معدل العائد من الاستثمارات فيندفع الشخص من جهة أخرى بالرغبة في الامساك ببعض المال وعدم الأنفاق على شراء المنتجات فيحدث للاقتصاد ازمات مالية حادة[٥].

<u>الخلاصة:</u> لقد وضع علماؤنا الأوائل من قبل قواعد الاجتهاد في أحكام النوازل لحاجتهم الأكيدة لذلك، رغم ما تميز به عصرهم من البساطة واليسر، فكيف بعصرنا المتميز بمشكلاته المتجددة وتقلباته السريعة، ووقائع الحياة تتجدد وأحوال المجتمعات تتغير وتتطور، والنظر الفقهي يدعو لفتح باب الاجتهاد في كل ما استجد من مسائل وأحكام وفق ضوابط وشروط تحقق للناس نعيم الامتثال لأحكام الإسلام.

فلابد من الإشارة هنا إلى أن حكم المسألة يخضع للموازنة بين المصالح كما مرتْ سابقاً، أي الموازنة بين المنافع التي يراد جلبها، والمفاسد التي يراد دفعها، وأن أستند إلى أن الأصل في الاشياء الحل إلا أن المعاملة والمسألة تصطدم مع النصوص القطعية فتعدُّ من المصلحة الملغاة.

وينبغي أن لا يكون همنا من هذا الاجتهاد تبرير الواقع في دنيا الناس باسم المرونة أو التطور وإعطاء هذا الواقع سنداً شرعياً بالاعتساف وسوء التأويل، فإن الله لم ينزل شريعته لتخضع لواقع الحياة بل ليخضع لها واقع الحياة، فالشريعة هي الميزان وهي الحكم العدل، وعلى هذا فإن السندات التي تصدرها الشركات لا تتفق مع الشريعة فهي غير جائزة، وإذا علمنا أن بعض القوانين تحرم إصدار بعض أنواع من السندات لأنها تتعارض مع القانون العام، فمن باب أولى أن نحرمها كلها لأنها تتعارض مع الشريعة والاكتفاء بالأسهم.

---

[١]) ينظر: بحث مقدم لندوة الاقتصاد الإسلامي، د. عبد العزيز الخياط، ص ٢١٢- ٢١٣.
[٢]) ينظر: التغيرات في قيمة النقود، د. خليفي عيسى، ص ١٩٨.
[٣]) ينظر: الربا واثره على المجتمع الإنساني، د. عمر سليمان الاشقر، ص ٦٢١ – ٦٢٦.
[٤]) ينظر: بحث مقدم لندوة الاقتصاد الإسلامي، د. عبد العزيز الخياط، ص ٢١٢- ٢١٣.
[٥]) ينظر: بحوث في الربا، محمد ابو زهرة – دار الفكر العربي – القاهرة، ص ٤٦.

الفصل الثالث

سد الذرائع وأثره في استنباط أحكام المعاملات المصرفية المعاصرة

تمهيد

سأتناول في هذا الفصل حقيقة سد الذرائع وبيان أقسامه وحجيته، وضوابط العمل به، ثم أتطرق لتطبيقاته المصرفية لبيان أثر سد الذرائع في استنباط حكم بعض المعاملات المصرفية المعاصرة، لذا ستكون دراسة هذا الفصل في مبحثين.

أما أحدهما فهو سد الذرائع، ماهيته، وأقسامه، وحجيته، وضوابط العمل به، وأما المبحث الأخر فهو أثر سد الذرائع في استنباط أحكام المعاملات المصرفية المعاصرة، وبيان تطبيقاته المصرفية المعاصرة، من خلال مطلبين.

أحدهما أثر سد الذرائع في التورق المصرفي المنظم.

وأما الآخر أثر سد الذرائع في التأمين التجاري.

وسنرى ان النظرة الأصولية تضع الأسس في فهم الأحكام الجزئية وقد تتطابق الرؤية الاقتصادية في معاملاتها المعاصرة وبذلك يتحتم التعرض في هذا الفصل من الناحيتين الأصولية والاقتصادية[1]، فأن الناظر في مصدر سد الذرائع، قائم على أسس وقواعد تضبط مسائله المتفرقة والمتعددة، وتمكن من إدراك الجزئيات، وتساعد على فهم مناهج وحقائق الفقه، الذي يندرج تحته كثير من المسائل المعاصرة والنوازل التي يجب أن ينظر إليها من منظور شرعي، ويبنى على هذا المصدر مصالح كثيرة للعباد في الحال والمآل، ليرى أنه قائمٌ على جلب المصالح ودرء المفاسد ورفع الحرج.

[1]) ينظر: مقاصد الشريعة الإسلامية، ابن عاشور، ص ١٣٠.

المبحث الأول

سد الذرائع

تعريفه، أقسامه، حجيته، ضوابطه

يسلط الضوء في هذا المبحث على مفهوم سد الذرائع وأقسامه وحجيته، وضوابط العمل به، والكلام في هذه الموضوعات متشعب، والدراسات فيه كثيرة الذي اشتبكت بشأنه الآراء، وتضاربت فيه وجهات النظر، ثم تفريع شواهد من الأدلة على العمل بسد الذرائع حسب مراتب إعمال الاعتبار والإلغاء، ومواقف الفقهاء من الذرائع في مختلف المذاهب، وتطبيقاتهم الفقهية في داخل هذه المذاهب.

المطلب الأول

تعريف سد الذرائع

سأتناول تعريف سد الذرائع من حيث أنه مركب إضافي، لأن الشيءَ يعرف معناه بتعريف مفرداته، ثم أتناوله بكونه علماً ولقباً، من جانبين اللغوي والاصطلاحي، ليمكن من خلاله الوصول إلى حكمه الشرعي، وللتعرف على تطبيقاته وفق مجال القول بسد الذرائع إن أمكن ذلك.

❖ التعريف اللغوي لسد الذرائع:

معنى سد لغةً يطلق على معنيين هما: الأول: أصلاح الشيء واستقامته،وقال أبن فارس: "وَهُوَ يَدُلُّ عَلَى رَدْمِ شَيْءٍ وَمُلَاءَمَتِهِ. مِنْ ذَلِكَ سَدَدْتُ الثُّلْمَةَ سَدًّا. وَكُلُّ حَاجِزٍ بَيْنَ الشَّيْئَيْنِ سَدٌّ. وَمِنْ ذَلِكَ السَّدِيدُ، ذُو السَّدَادِ، أَيِ الِاسْتِقَامَةِ ؛ كَأَنَّهُ لَا ثُلْمَةَ فِيهِ"[١].

الثاني: الاغلاق، وكل حاجز بين الشيئين سدٌ، وهو رد الثلمة ومُلاءمته، ومن ذلك سَددتُ الثلمة سداً، قال الفيروز آبادي: "والسَّدُّ: الجَبَلُ، والحاجِزُ، ويُضَمُّ، أو بالضم: ما كان مَخْلوقاً للهِ تعالى، وبالفتح: من فِعْلِنا"[٢].

معنى الذرائع لغة: جمع ذريعة ولها معانٍ كثيرة، يرجع معظمها إلى معنى واحد، وهو كل ما يتخذ وسيلة وطريقاً إلى شيء آخر، يقول ابن منظور حول هذا المعنى: "والذَّرِيعة: الْوَسِيلَةُ. وَقَدْ تَذَرَّع فلان بذَرِيعةٍ أَي توسَّل، وَالْجَمْعُ الذرائعُ"[٣].

فسد الذرائع مركب إضافي من كلمتين، ومعناه من الجانب اللغوي، سدُّ الطرق والوسائل، حتى لا تؤدي إلى آثارها المقصودة، سواء أكانت مذمومة أم ضارة أم صالحة أم فاسدة، ومصدره إنما تُهمه نتيجته، بأن يتخذ الإنسان من أفكاره وآرائه ذرائع، يستعين بها على النتائج وحدها، فإن كان الرأي نافعاً مثمراً، قَبِله حقيقة، وإلا أسقطه من حسابه واعتبره وهماً باطلاً.

---

[١]) مقاييس اللغة، ٦٦/٣.

[٢]) القاموس المحيط، ص٢٨٧.

[٣]) ينظر: لسان العرب، ٤٥٦/١٠.

❖ التعريف الاصطلاحي لسد الذرائع: إذا نظرنا في سد الذرائع نجد أن لها استعمالين، وتطلق اصطلاحين على معنيين أثنين، الأول الاصطلاح العام والثاني الاصطلاح الخاص:

فالمعنى العام هو: كل ما يتخذ وسيلة لشيء آخر، بصرف النظر عن كون الوسيلة أو المتوسل إليه مقيداً بوصف الجواز أو بوصف المنع، وهنا يكون المعنى مطابق للمنظور اللغوي، فيشمل المتفق عليه والمختلف فيه، وهو بهذا المعنى أيضاً يتصور فيه الطلب والفتح، كما يتصور فيه المنع والسد[1].

وأما المعنى الخاص لسد الذرائع، هي الوسائل التي ظاهرها الجواز، إذا قويت التهمة في التطرق بها إلى الممنوع، وهذا المعنى هو المراد لدى الأصوليين عند بحثهم في سد الذرائع، ويمكن رصد تعريفات متعددة لسد الذرائع عند علماء أصول الفقه نذكر أهمها واشهرها:

عرفه الإمام الشاطبي بأنه: " مَنَعَ الْجَائِزَ، لِئَلَّا يَتَوَسَّلَ بِهِ إلى الْمَمْنُوعِ[2]"، إذن هي منع الوسيلة الموصِلة إلى الشيء الممنوع المشتمل على مفسدة، فهي لهذا الاعتبار متصلة بالكلام على أصل المصالح، فمصدر سد الذرائع يقوم على أساس منع ما يجوز لئلا يتطرق به إلى ما لا يجوز، ولهذا الفصل تعلق قويٌ بوفرة التحيل، وما يعنينا هنا حالة أفضاء الأمور الصالحة إلى مفاسد، حتى أصبح شيئاً شائعاً في كثير من الإعمال، فيحرم بسبب ظروف وضوابط تحيط به، أو يتخذ وسيلة للمفاسد والمحرمات في ضوء مراعاة ميزان الشريعة ومقاصده.

وعرّفه الباجي وابن رشد الجد بأنها: "الأشياء التي ظاهرها الإباحة ويتوصل بها إلى فعل المحظور[3]"، وعلى هذا الاساس مما ينبني على هذا الأصل قاعدة سد الذرائع التي يُستدل بها على إثبات بعض الأحكام الشرعية أو نفيها، والأخذ بدليل سد الذرائع راجع إلى الأخذ بدليل المصلحة، تندرج تحتها كثيرة من النوازل المعاصرة لتحقق كثيراً من المصالح الدينية والدنيوية للعباد، ولإبطال الأعمال التي تؤول إلى فساد معتبر، ولهذا قال ابن القيم: "وَبَابُ سَدِّ الذَّرَائِعِ أحد أَرْبَاعِ التَّكْلِيفِ؛ فَإِنَّهُ أمر وَنَهْيٌ، وَالأمر نَوْعَانِ؛ أحدهُمَا: مَقْصُودٌ لِنَفْسِهِ، وَالثَّانِي: وَسِيلَةٌ إلى الْمَقْصُودِ، وَالنَّهْيُ نَوْعَانِ؛ أحدهُمَا: مَا يَكُون الْمَنْهِيُّ عَنْهُ مَفْسَدَةً فِي نَفْسِهِ، وَالثَّانِي: مَا يَكُونُ وَسِيلَةً إلى الْمَفْسَدَةِ؛ فَصَارَ سَدُّ الذَّرَائِعِ الْمُفْضِيَةِ إلى الْحَرَامِ أحد أَرْبَاعِ الدِّينِ"[4].

هذه التعريفات للمالكية، فهم أكثر الفقهاء أخذاً بسدِ الذرائع، فقد قال الإمام القرافي: "فحاصل القضية أنا قلنا بسد الذرائع أكثر من غيرنا لا أنها خاصة بنا"[5]، فمتى كان الفعل السالم عن المفسدة وسيلة إلى المفسدة، منعنا من ذلك الفعل، فكأنه يوحي إلى أن باطن هذا الأمر ليس جائزاً[6].

---

[1]) ينظر: أبحاث حول اصول الفقه تاريخه وتطوره، د. سعيد الخن، ص ١٩٤.
[2]) الموافقات، ٥٦٤/٣.
[3]) ينظر: المقدمات الممهدات، ٣٩/٢،البحر المحيط، ٨٩/٨، إرشاد الفحول، ١٩٣/٢.
[4]) إعلام الموقعين عن رب العالمين، ١٢٦/٣.
[5]) تنقيح الفصول، ص ٤٩٨- ٤٩٩.
[6]) ينظر: المدخل إلى الاقتصاد الإسلامي، ص ١٨٦ وما بعدها.

وإذا نظرنا إلى مفهوم سد الذرائع في اصطلاح الأصوليين، فلا يبعد كثيراً عن المعنى اللغوي، فسد الذرائع هو منع الوسائل الجائزة في الأصل التي تقرب إلى الحرام.

المطلب الثاني

أقسام سد الذرائع

أن إفضاء الأمور الصالحة إلى مفاسد شيء شائعٌ في كثير من المعاملات المعاصرة، ومن خلال ذلك يمكن تقسيم سد الذرائع بالمعنى الخاص إلى ثلاثة أقسام، عندما يحصل عند ظهور غلبة مفسدة المآل على مصلحة الأصل، فهذه هي الذريعة الواجب سدُّها، وفيما يأتي نتناول هذه الأقسام:

القسم الأول: أن تكون الذريعة غير مشروعة أصلاً (محرم لذاته): حيث تؤدي إلى مفاسد قطعاً، كالسعي المؤدي إلى الفتنة وإيقاد نار الضغائن، وشرب المسكر المفضي إلى غياب العقل والإضرار بالجسم، ولا خلاف في أن هذا النوع ممنوع، وترتب الحكم بحسب مقدار المفسدة فيه، وإلى هذا النوع أشار ابن القيم: "الْفِعْلُ أو الْقَوْلُ الْمُفْضِي إلى الْمَفْسَدَةِ قِسْمَانِ؛ أحدهُمَا: أَنْ يَكُونَ وَضْعُهُ لِلْإِفْضَاءِ إليها كَشُرْبِ الْمُسْكِرِ الْمُفْضِي إلى مَفْسَدَةِ السُّكْرِ... وَنَحْوِ ذَلِكَ؛ فَهَذِهِ أَفْعَالٌ وَأَقْوَالٌ وُضِعَتْ مُفْضِيَةً لِهَذِهِ الْمَفَاسِدِ وَلَيْسَ لَهَا ظَاهِرٌ غَيْرُهَا"[١]، فالشريعة جاءت بالمنع من هذا القسم المؤدية إلى مفسدة المنصوص عليها معتبر عند جميع الفقهاء، في سد الوسيلة المحرمة بذاتها[٢].

فما وقع منعُهُ من الذرائع قد عظم فيه فساد مآله على صلاح أصله، بمعنى لا يفارقه كونه ذريعة إلى فساد بحيث يكون مآله إلى الفساد مطرداً، أي بحيث يكون الفسادُ من خاصة ماهيته، وهذا القسم من أصول التشريع في الشريعة وعليه بُنيتْ أحكام كثيرة منصوصة مثل الزنا المفضي إلى اختلاط الأنساب وضياع النسل وفساد الفراش ونحو ذلك[٣].

القسم الثاني: أن تكون الذريعة مشروعة أصلاً تؤدي إلى مفاسد نادرة (مشروع): وهذا النوع من الذرائع على مراتب، حسب نسبة المفسدة التي قد تفضي إليها، واعتبار الفاعل للمفسدة وعدمه، وبالتالي يختلف النظر الفقهي إليها، وذلك تابع لمقدار اتضاح الإفضاء إلى المفسدة وخفائه وكثرته وقلته، ووجود معارض ما يقتضي إلغاء المفسدة وعدم المعارض، وبذلك اشار الإمام القرافي بقوله: "أن الذريعة كما يجب سدها يجب فتحها"[٤]، وقد ذكر العلماء لهذا القسم مراتب من الذرائع، وقد بين الحكم ابن القيم بقوله: "أَنْ تَكُونَ مَوْضُوعَةً لِلْإِفْضَاءِ إلى أمر جَائِزٍ...، فَيُتَّخَذَ وَسِيلَةً إلى الْمُحَرَّمِ إمَّا بِقَصْدِهِ أو بِغَيْرِ قَصْدٍ مِنْهُ"[٥]، فيُرجع مراعاة هذه الذرائع إلى إلى حفظ المصالح ودرء المفاسد، فإن المقاصد لا تأثير لها في اختلاف التشريع، وإنما جعلت علامةً على التمالي على إحلال المفسدة الممنوعة، فيظهر لنا أنّ سد الذرائع قابل للتضييق

---

[١]) اعلام الموقعين، ١٠٩/٣.
[٢]) ينظر: مقاصد الشريعة الإسلامية، ابن عاشور، ص ١٣٠.
[٣]) ينظر: أثر الادلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، د. مصطفى ديب البُغا، ٥٦٨/٢- ٥٦٩.
[٤]) تنقيح الفصول، ص ٤٩٩.
[٥]) ينظر: اعلام الموقعين، ١٠٩/٣.

والتوسع بحسب ضعف الوازع في الناس وقوته، فسد الذريعة موقعُه وجودُ المفسدة[١]، كالبيوع الآجلة لإحلال معاملات الربا والتورق المصرفي.

القسم الثالث: أن تكون الذريعة وسيلة موضوعة للمباح لكنها مفضية إلى المفسدة يقيناً أو غالباً (محرم لغيره)، ومفسدتها أرجح من مصلحتها، وهذا النوع من الذرائع أن تكون مباحة المتوسل إليه من كونه فعلاً محظوراً مع العلم بما يترتب عليه فهو ممنوع، كما هو حاصل في زماننا من فتنة فيأتي شخص ويريد أن يشتري السلاح للخوض في هذه الفتنة، أو لقتل شخص مظلوم، فهذه الوسيلة تفضي إلى المفسدة على وجه القطع إذا صرّح هو بذلك (دائماً تؤدي إلى مفسدة)، أو دلت القرائن والظروف المحيطة به، بما لا يدع مجالاً للشك في تنفيذ هذه المفسدة، وحتى لو ألحق بها البعض حالة الظن الراجح، يعتبر عند العلماء حكماً واحداً، لأن الكثير الغالب ملحق بالقطعي، نظراً لأن الندرة في عدم الإفضاء لا حكم لها، وأن الكثير غير الغالب، يأخذ حكم الكثير الغالب، لأن الشارع أقام الظن مقام العلم في غالب الأحيان (غالباً تؤدي إلى مفسدة)[٢].

فالوسائل المترددة بين أن تكون ذريعة إلى مفسدة وبين ألا تكون، وهذا موضع خلاف مثل بيع العينة الذي منعه الجمهور وصحّحه الشافعية، فلا ينبغي التوسع في دائرة سد الذرائع، وإنما يجب تقييده بما يفضي إلى محرم على سبيل الحقيقة فيحكم بمقتضى الواقع، وليس على سبيل الشك أو الوهم فيكون موضع نظر وتأمل، وهذا ما أشار إليه الإمام الشاطبي من تقسيماته، وهو كل فعل مأذون فيه بالأصل ولكنه طرأ عليه ما جعله يؤدي إلى المفسدة كثيراً لا غالباً، فهو موضع نظر والتباس[٣]، وعلى هذا المعنى لأقسام الذرائع هو المراد لدى الأصوليين والفقهاء عند بحثهم في سدِّ الذرائع، كما ويتحتم على المستنبطين والمفتين أن يفرقوا بين الغلو وبين سد الذريعة، فسد الذريعة موقعه وجود المفسدة، والغلو موقعه المبالغة في إلحاق مباح بمنهي أو بأشد مما أراد به الشارع، وهي تفرقة دقيقة[٤].

---

[١]) ينظر: مقاصد الشريعة الإسلامية، ابن عاشور، ص ١٣١.

[٢]) ينظر: المدخل إلى الاقتصاد الإسلامي، ص ١٩١.

[٣]) الموافقات، ٧٧/٣.

[٤]) ينظر: مقاصد الشريعة الإسلامية، ابن عاشور، ص ١٣٣.

المطلب الثالث

الاحتجاج بسد الذرائع وشواهده

الاحتجاج بسد الذرائع

بعد أن ذكرت مفهوم سد الذرائع وأقسامه، يجدر بنا ان نعرف شيئاً عن مذاهب الفقهاء في الاحتجاج بسد الذرائع، فقد أختلف المجتهدون في اعتبار سد الذرائع أصلاً ودليلاً من أدلة الأحكام على ثلاثة أقوال:

أولاً:إثبات الاحتجاج بسد الذرائع:

ذهب المالكية والحنابلة والشيعة إلى أن سد الذرائع دليل من أدلة الأحكام:

ومما لا شك فيه أن الإمام مالك أكثر من عمل به، وهذا ما ذكره فقهاء المذهب المالكي، ويوكده كثرة ذكرهم للذريعة في كثير من أبواب الفقه والمسائل الفرعية، والذي يؤكد هذا ما ذكره الإمام القرافي: "والذريعة – قسم- مختلف فيه كبيوع الآجال، اعتبرنا نحن الذريعة فيها وخالفنا غيرنا فحاصل القضية أنا قلنا بسد الذرائع أكثر من غيرنا لا أنها خاصة بنا"[١]، وذكر ابن القيم الحنبلي أن سد الذرائع ربع الدين كما مر سابقاً، وهكذا يتقرر لدينا أن القول بسد الذرائع أصل معتمد في المذهب المالكي والمذهب الحنبلي، إلا أن المالكية بالغوا فيه وبلَغُوا ما لم يبلغْهُ غيرهم.

ولعل سبب اشتهار خصوص سد الذرائع بمذهب المالكية، اعتماداً على رعاية المصلحة المرسلة، وأعملوها في استنباطاتهم وتخريجاتهم في جميع أبواب الفقه، وتعد أصلاً مستقلاً من أصول التشريع، وليس سدُّ الذرائع إلا تطبيقاً عملياً من تطبيقات العمل بالمصلحة، ولذلك عدوه ضمن أصولهم، ومن أبرز تطبيقاته عند المالكية منعهم للعقود التي تتخذ ذريعة إلى أكل الربا، قال الإمام الدسوقي: "فِي بُيُوعِ الْآجَالِ وَهِيَ بُيُوعٌ ظَاهِرُهَا الْجَوَازُ لَكِنَّهَا تُؤَدِّي إلى مَمْنُوعٍ، وَلِذَا قَالَ (وَمَنَعَ) عِنْدَ مَالِكٍ وَمَنْ تَبِعَهُ (لِلتُّهْمَةِ) أَيْ لأجل ظَنِّ قَصْدِ مَا مُنِعَ شَرْعًا سَدًّا لِلذَّرِيعَةِ (مَا) أَيْ بَيْعٌ جَائِزٌ فِي الظَّاهِرِ (كَثُرَ قَصْدُهُ) أَيْ قَصْدُ النَّاسِ لَهُ لِلتَّوَصُّلِ إلى الرِّبَا الْمَمْنُوعِ وَذَلِكَ (كَبَيْعٍ وَسَلَفٍ)"[٢].

وأما الحنابلة فإنهم يقولون بسد الذرائع بقوة، وذلك في كثير من أبواب الفقه، ولهم في ذلك جولات وصولات، فقد أطال النفس فيه أبن تيمية بقوله: "وَمَعْلُومٌ أَنَّ أهل الْمَدِينَةِ حَرَّمُوا الرِّبَا وَمَنَعُوا التَّحَيُّلَ عَلَى اسْتِحْلَالِهِ وَسَدُّوا الذَّرِيعَةَ الْمُفْضِيَةَ إليه فَأَيْنَ هَذَا مِمَّنْ يُسَوِّغُ الِاحْتِيَالَ عَلَى أَخْذِهِ"[٣]، وقال أيضاً: "أَنَّ اللَّهَ سُبْحَانَهُ وَرَسُولَهُ سَدَّ الذَّرَائِعَ الْمُفْضِيَةَ إلى الْمَحَارِمِ بِأَنْ حَرَّمَهَا وَنَهَى عَنْهَا وَالذَّرِيعَةُ مَا كَانَ وَسِيلَةً وَطَرِيقًا إلى الشَّيْءِ، لَكِنْ صَارَتْ فِي عُرْفِ الْفُقَهَاءِ عِبَارَةً عَمَّا أَفْضَتْ إلى فِعْلٍ مُحَرَّمٍ"[٤]، ثم يوضح في موضع آخر كلاماً مفصلاً يبين قوة الاستنباط الفقهي للإمام المالك وقاربه في ذلك الإمام أحمد فيقول: "فَأصول مَالِكٍ فِي الْبُيُوعِ أَجْوَدُ مِنْ أصول غَيْرِهِ؛ فَإِنَّهُ أَخَذَ ذَلِكَ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيِّبِ الَّذِي كَانَ يُقَالُ: هُوَ أَفْقَهُ النَّاسِ فِي الْبُيُوعِ... وَلِهَذَا وَافَقَ أَحْمَد كُلَّ واحد مِنْ التَّابِعِينَ فِي أَغْلَبِ مَا فُضِّلَ فِيهِ لِمَنْ اسْتَقْرَأَ ذَلِكَ مِنْ أَجْوِبَتِهِ، وَالإمام أَحْمَد مُوَافِقٌ

---

[١]) تنقيح الفصول، ص ٤٩٩.

[٢]) ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الدسوقي المالكي، ٧٦/٣.

[٣]) مجموع الفتاوى، ابن تيمية، ٣٤٧/٢٠.

[٤]) الفتاوى الكبرى لابن تيمية، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٧م، ١٧٢/٦.

لِمَالِكٍ فِي ذَلِكَ فِي الْأَغْلَبِ؛ فَإِنَّهُمَا يُحَرِّمَانِ الرِّبَا وَيُشَدِّدَانِ فِيهِ حَقَّ التَّشْدِيدِ؛ لِمَا تَقَدَّمَ مِنْ شِدَّةِ تَحْرِيمِهِ وَعِظَمِ مَفْسَدَتِهِ وَيَمْنَعَانِ الِاحْتِيَالَ عَلَيْهِ بِكُلِّ طَرِيقٍ حَتَّى يَمْنَعَا الذَّرِيعَةَ الْمُفْضِيَةَ إليه وَإِنْ لَمْ تَكُنْ حِيلَةً، وَإِنْ كَانَ مَالِكٌ يُبَالِغُ فِي سَدِّ الذَّرَائِعِ مَا لَا يَخْتَلِفُ قَوْلُ أَحْمَد فِيهِ؛ أو لَا يَقُولُهُ؛ لَكِنَّهُ يُوَافِقُهُ بِلَا خِلَافٍ عَنْهُ عَلَى مَنْعِ الْحِيَلِ كُلِّهَا"[1]، وهنالك طائفة من المسائل لا طائل لذكرها، تدور حول تحليل ما لا يجب من ذلك.

وأما الشيعة لم يذكروا سد الذرائع من أدلتهم، ولكن الشيخ محمد تقي الحكيم من الشيعة الامامية يصرح بذكر سد الذرائع في مسائل كثيرة بنيت أحكامها على سد الذريعة، وهذا ما يبين احتاجهم به واستدلالهم عليه ضمناً وإن لم يصرحوا بذلك[2].

وفي الختام: الذي لا شك فيه أن لمالك ترجيحاً على غيره من الفقهاء في هذا النوع، ويليه أحمد، ولا يكاد يخلو غيرهما عن اعتباره في الجملة، ولكن لهذين ترجيح في الاستعمال على غيرهما.

<u>ثانياً:</u> نفي الاحتجاج بسد الذرائع:

ذهب الظاهرية إلى أن سد الذرائع ليس دليلاً من أدلة الأحكام مطلقاً:

أنكر ابن حزم الظاهري مطلقاً لأصل سدّ الذرائع، لأنه باب من أبواب الاجتهاد بالرأي، وهو ضد الأخذ بالرأي كله، وهو ما ثبت عنه بقوله: "ذهب قوم إلى تحريم أشياء من طريق الاحتياط وخوف أن يتذرع منها إلى الحرام البحت واحتجوا في ذلك... إن الحلال بيّن وإن الحرام بين وبينهما مشتبهات لا يعلمهن كثير من الناس فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام..."[3]، يفهم منه هذا أنه يمنع القول بتجنب المشتبه فيه للاحتياط ذريعةً لسدها.

ورأيه في الحديث أنه لا يتضمن حكماً تكليفياً، إذ لا تحريم إلا بدليل قاطع، وإنما هو للحض على الورع وصيانة الدين والنفس، حتى لا تقع في المحرمات وليس هو الإيجاب، والورع يقتضي الامتناع عن بعض المباحات، صوناً للنفس عن كل دواعي الهوى، فأنكاره جاء وفق مبدئه وهو الأخذ بظواهر الألفاظ فقط، دون الاتجاه إلى المعاني التي يقصد بها النص[4].

ثم قال أبن حزم أيضاً: "فكل من حكم بتهمة أو باحتياط لم يستيقن أمره أو بشيء خوف ذريعة إلى ما لم يكن بعد فقد حكم بالظن وإذا حكم بالظن فقد حكم بالكذب والباطل وهذا لا يحل وهو حكم بالهوى وتجنب للحق نعوذ بالله من كل مذهب أدى إلى هذا مع أن هذا المذهب في ذاته متخاذل متفاسد متناقض، لأنه ليس أحد أولى بالتهمة من أحد وإذا حرم شيئا حلالا خوف تذرع إلى حرامٍ فليخص الرجال خوف أن يزنوا وليقتل الناس خوف أن يكفروا وليقطع الأعناب خوف

---

[1]) القواعد النورانية الفقهية، لابن تيمية، حققه وخرج أحاديثه: د أحمد بن محمد الخليل، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ، ص ١٧٢- ١٧٣.

[2]) الأصول العامة للفقه المقارن، للأستاذ محمد تقي الحكيم، بيروت، ص ١٤٤، أثر الادلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، د. مصطفى ديب البُغا، ٥٧٣/٢.

[3]) ينظر: الاحكام لابن حزم، ٢/٦.

[4]) ينظر: أصول الفقه الإسلامي، وهبه الزحيلي، ٩٠٧/٢.

أن يعمل منها الخمر وبالجملة فهذا المذهب أفسد مذهب في الأرض لأنه يؤدي إلى إبطال الحقائق كلها"[1].

الرد على قول ابن حزم من قبل الفقهاء بما يأتي:

١. إن العبرة في إفضاء الأمر إلى التحريم هو غلبة الظن، وكونه يؤدي إلى ذلك غالباً، وفي القليل لا يؤدي، وعليه لا يصح ان يخصى الرجال لكي لا يزنوا، وتمنع غروس العنب حتى لا تتخذ خمراً، فإن ذلك لا يدخل، ولا يقاس على سدِّ الذرائع، لأنه ليس غالباً.

٢. إن المشتبه فيه مشكوك في حله أو في حرمته، وان استسهاله قد تجترئ النفس على انتهاك المحرمات ذاتها، فأن من يرتع حول الحمى يوشك أن يقع فيه، مع مراعاة بلا شك بعدم اعتباره حراماً حرمة قاطعة، ولم يقل بمقتضى ما ورد أحد من الفقهاء بقطعية التحريم، ولكنهم قالوا إنه الاحتياط بالدين.

٣. الغرض من سد الذرائع هو حماية ما أمر به شرعاً، أو نهى عنه، لا التزايد على الشارع كما ظن ابن حزم، فإن العلماء نظروا إلى الامور التي تقصد قصداً لارتكاب المحرم، كمَن يتخذ البيع سبيلاً للربا، فمن قصد إلى هذه الامور فقصده مردود عليه، والتصرفات التي تنعقد بقصدها تكون باطلة، بسبب هدمه ما قرر الشارع، ويخالف المقررات الشرعية[2].

ثالثاً: القول بالتفصيل:

ذهب الشافعية والحنفية الى عدم اعتباره دليلا من الأدلة المستقلة:

لم تذكر كتب أصول مذهبي الحنفية والشافعية شيئاً عن رأيهما في سد الذرائع، بل موقف الإمام الشافعي واضح بإنكاره، لأن نصوصه وقواعده تأبى أن ينسب إليه القول بسد الذرائع، وذلك لمراعاته الجانب الشكلي في العقود، وإجراء الأحكام عليها، ما دامت مستوفية شروطها وأركانها، بقوله: "إنَّهُ لَا يَفْسُدُ عَقْدٌ أَبَدًا إلَّا بِالْعَقْدِ نَفْسِهِ لَا يَفْسُدُ بِشَيْءٍ تَقَدَّمَهُ وَلَا تَأَخَّرَهُ وَلَا بِتَوَهُّمٍ وَلَا بِأَغْلَبَ، وَكَذَلِكَ كُلُّ شَيْءٍ لَا تُفْسِدُهُ إلَّا بِعَقْدِهِ وَلَا نُفْسِدُ الْبُيُوعَ بِأَنْ يَقُولَ هَذِهِ ذَرِيعَةٌ وَهَذِهِ نِيَّةُ سُوءٍ وَلَوْ جَازَ أَنْ نُبْطِلَ مِنْ الْبُيُوعِ بِأَنْ يُقَالَ مَتَى خَالَفَ أَنْ تَكُونَ ذَرِيعَةً إلَى الَّذِي لَا يَحِلُّ كَانَ أَنْ يَكُونَ الْيَقِينُ مِنْ الْبُيُوعِ بِعَقْدِ مَا لَا يَحِلُّ أولَى أَنْ يُرَدَّ بِهِ مِنْ الظَّنِّ أَلَا تَرَى أَنَّ رَجُلًا لَوْ اشْتَرَى سَيْفًا وَنَوَى بِشِرَائِهِ أَنْ يَقْتُلَ بِهِ كَانَ الشِّرَاءُ حَلَالًا وَكَانَتْ النِّيَّةُ بِالْقَتْلِ غَيْرَ جَائِزَةٍ وَلَمْ يَبْطُلْ بِهَا الْبَيْعُ قَالَ، وَكَذَلِكَ لَوْ بَاعَ الْبَائِعُ سَيْفًا مِنْ رَجُلٍ يَرَاهُ أَنَّهُ يَقْتُلُ بِهِ رَجُلًا كَانَ هَكَذَا"[3]، فإنكاره ثابت بنص قوله الصريح، وأما أخذه بسد الذرائع فثابت بعمله ومسائله التي بنيت أحكامها على سد الذريعة.

وهو ما يميل إليه الحنفية فهم يمنعون القول بسد الذرائع، وهذا واضح في بيوع الآجال، ولكن لا يلزم من ذلك تركهما لأصل سد الذرائع، وهو ما ثبت عن الإمام الشاطبي بأنه اثبت القول بسد الذرائع لدى الإمامين الشافعي وأبي حنيفة[4].

إن الشافعية لا يضعون سد الذرائع تحت مسماه غالباً، فقد أجاز الإمام الشافعي كثيراً من المسائل وصحح كثيراً من العقود التي منعها غيره بناء على مبدأ فتح الذرائع كالعينة وبيوع

---

[1]) ينظر: الاحكام لابن حزم، ١٣/٦.

[2]) ينظر: أصول الفقه الإسلامي، وهبه الزحيلي، ٩٠٨/٢ وما بعدها.

[3]) الام، ٣١٣/٧.

[4]) ينظر: أثر الادلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، د. مصطفى ديب البُغا، ٥٧٥/٢.

الآجال، وكما ثبت أيضاً مسائل لا يمكن أن تتخرج إلا على القول بسد الذرائع، كتصحيحهم للقول بحرمان القاتل من الميراث بكل حال، حسماً للباب وسداً لذريعته[1]، فيمكن حينئذ أن لا نعتبر الإمام الشافعي يجيز التذرع بالجائزات للحرام كغيره من العلماء، ولكنه يختلف عنهم فيما يتحقق به التذرع، فهو لا يبطل التصرف ما لم يظهر القصد إلى المآل الممنوع، وغيره يأخذ بالقرائن، ثم يبين الإمام الشاطبي موقف الإمام الشافعي بما صح عنه بقوله: "أَمَّا الشَّافِعِيُّ؛ فَالظَّنُّ بِهِ أَنَّهُ تَمَّ لَهُ الِاسْتِقْرَاءُ فِي سَدِّ الذَّرَائِعِ عَلَى الْعُمُومِ"[2].

وثبت عن الحنفية القول بسد الذرائع في حدود ضيقة في بعض الحالات، وإنكار العمل به في حالات أخرى، ومما يدل على أن الحنفية أخذوا بسد الذرائع ما ثبت في شروح الهداية بخصوص المبتوته والمتوفي عنها زوجها نصه: "فِي إيجَابِ تَرْكِ الطِّيبِ وَالزِّينَةِ... لِأَنَّ الْمَرْأَةَ إنْ كَانَتْ مُتَزَيِّنَةً مُتَطَيِّبَةً تَزِيدُ رَغْبَةُ الرَّجُلِ فِيهَا (وَهِيَ مَمْنُوعَةٌ عَنْ النِّكَاحِ) مَا دَامَتْ فِي عِدَّةِ الْوَفَاةِ أَوِ الطَّلَاقِ (فَتَجْتَنِبُهَا كَيْ لَا تَصِيرَ ذَرِيعَةً) أَيْ وَسِيلَةً (إلى الْوُقُوعِ فِي الْمُحَرَّمِ) وَهُوَ النِّكَاحُ"[3]، فحصل الخلاف في التسمية، ومجال التطبيق في الجزئيات، فقد ظهر أن دليل سدّ الذرائع متفق على اعتباره عندهما في الجملة.

شواهد سد الذرائع في النصوص المعتبرة وتطبيقاته الفقهية

❖ شواهد من القران الكريم:

قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَسُبُّوا۟ ٱلَّذِينَ يَدۡعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّوا۟ ٱللَّهَ عَدۡوَۢا بِغَيۡرِ عِلۡمٍۗ ﴾[4]، يصرح المنهج القراني بوضوح على أن الله تعالى إذا حرّم شيئاً، حرّم الوسائل المفضية إليه، فينبغي للمحق أن يكف عن حق له إذا أدى إلى ضررٍ يكون في الدين.

قوله تعالى: ﴿ وَسۡـَٔلۡهُمۡ عَنِ ٱلۡقَرۡيَةِ ٱلَّتِي كَانَتۡ حَاضِرَةَ ٱلۡبَحۡرِ إِذۡ يَعۡدُونَ فِي ٱلسَّبۡتِ إِذۡ تَأۡتِيهِمۡ حِيتَانُهُمۡ يَوۡمَ سَبۡتِهِمۡ شُرَّعٗا وَيَوۡمَ لَا يَسۡبِتُونَ لَا تَأۡتِيهِمۡۚ كَذَٰلِكَ نَبۡلُوهُم بِمَا كَانُوا۟ يَفۡسُقُونَ ﴾[5]، وجه الاستدلال: أن اليهود نُهُوا عن صيد البحر يوم السبت، فكانوا يضعون أدوات الصيد في اليوم المنهي عنه وهو السبت وتركه، ويأخذ الصيد في اليوم الآخر، فمُنعَ اليهود من بني إسرائيل حبس الحيتان يوم السبت، لأنه ذريعة إلى الصيد فيه[6].

❖ شواهد من السنة المطهرة:

أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يكف عن قتل المنافقين مع كونه مصلحة، لئلا يكون ذريعة إلى تنفير الناس عنه، وقولهم أنه يقتل أصحابه، فإن هذا لقول يوجب النفور عن الإسلام ممن دخل فيه، ومن لم يدخل فيه، ومفسدة التنفير أكبر من مفسدة ترك قتلهم، ومصلحة التأليف

[1]) نهاية المطلب في دراية المذهب، الجويني، ٢٤/٩ وما بعدها.
[2]) الموافقات، ٦٧/٤.
[3]) ينظر: العناية شرح الهداية، ٣٣٩/٤.
[4]) سورة الانعام: من الآية ١٠٨.
[5]) سورة الاعراف: الآية ١٦٣.
[6]) ينظر: المدخل إلى الاقتصاد الإسلامي، ص ١٨٩.

أعظم من مصلحة القتل، وهو ما ثبت عنه، مع علمه بالمنافقين، وعلل ذلك بإشَارَته صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلى هَذَا الْمَعْنَى بِقَوْلِهِ لِعُمَرَ: ((مَعَاذَ اللَّهِ أَنْ يَتَحَدَّثَ النَّاسُ أَنِّي أَقْتُلُ أَصْحَابِي))[1].

وقد جاءت السنة بشواهد كثيرة، لسد مسائل كيلا تتخذ ذريعة إلى المحظور، ومنها أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ منع الدائن (المقرض) من قبول الهدية من المدين، لئلا يتخذ ذلك ذريعة إلى تأخير الدين، لأجل الهدية فيكون رباً، لأنه يعود إليه ماله وقد استفاد بسبب القرض، وقد روي عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: ((إِذَا أَقْرَضَ أحدكُمْ قَرْضًا، فَأَهْدَى لَهُ، أو حَمَلَهُ عَلَى الدَّابَّةِ، فَلَا يَرْكَبْهَا وَلَا يَقْبَلْهُ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ جَرَى بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ قَبْلَ ذَلِكَ))[2]، فتكون الهداية بدل الفوائد، فيحصل بذلك الربا.

شواهد القول بسد الذرائع في الفقه الإسلامي:

❖ الفقه الحنفي:

لا يعني عدم ذكر الحنفية لسد الذرائع ضمن أصولهم، عدم اعتبارهم لصحة العمل به، لأننا نجده ذلك عندهم في أمرين:

(١) قولهم بالاستحسان: وهو باب يَلِجُون منه إلى العمل بسد الذرائع من وجوه العمل بالمصلحة، بل إن بعض صور الاستحسان عندهم هي عين صور سد الذرائع، فلا يبقى فرق بينهما الا في التسمية، وإليك ذكر مسألة من هذه المسائل:

صوم يوم الشك، وهو اليوم الذي يشك الناس فيه، أهو من رمضان أو من شعبان، فالمختار عند الحنفية استحباب صوم يوم الشك، ويفعله سراً حتى لا يتهم بالعصيان بمخالفته نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن صوم يوم الشك وهو حديث العصيان[3]، ويفتي الناس حسماً لمادة اعتقاد الزيادة، فيأمر العامة بالإفطار حتى لا يكون الصوم ذريعة لاعتقادهم الزيادة، وأن يلحقوا بالفريضة ما ليس منها، وأما طلب الأسرار بصومه من العلماء وغيرهم من الخاصة، حتى لا يكون ذريعة لاتهامهم بمخالفتهم النهي عن صوم يوم الشك، وهذا تطبيق عملي لسد الذرائع، اختاره وفعله أئمة المذهب[4].

(٢) عملهم بسد الذرائع بالفعل في فروع كثيرة، كمنعهم بعض صور بيوع الآجال ومن ذلك، أنهم نصوا على أن مَن اشترى سلعة بألف عاجل أو نسيئة، فقبضها، لم يجز أن يبيعها من البائع بأقل من الثمن قبل أن ينقد الثمن الأول كله أو بعضه، لأن من الشروط المعتبرة في صحة العقود عندهم، الخلو عن شبهة الربا، لأن الشبهة ملحقة بالحقيقة في باب المحرمات عند الحنفية احتياطاً، ويوضح ذلك الإمام الكاساني بقوله: "لِأَنَّ الثَّمَنَ الثَّانِي يَصِيرُ قِصَاصًا بِالثَّمَنِ الْأَولِ، فَبَقِيَ مِنْ الثَّمَنِ الْأَولِ زِيَادَةٌ لَا يُقَابِلُهَا عِوَضٌ فِي عَقْدِ المعاوضة، وَهُوَ تَفْسِيرُ الرِّبَا، إِلَّا أَنَّ الزِّيَادَةَ ثَبَتَتْ بِمَجْمُوعِ الْعَقْدَيْنِ فَكَانَ الثَّابِتُ بِأحدهِمَا شُبْهَةَ الرِّبَا، وَالشُّبْهَةُ فِي هَذَا الْبَابِ مُلْحَقَةٌ بِالْحَقِيقَةِ"[5]،

---

[1]) صحيح البخاري، باب عدم الاستغفار للمنافقين، رقم الحديث ٤٩٠٥، ١٥٤/٦، صحيح مسلم، باب ذكر الخوارج، رقم الحديث ١٤٢ (١٠٦٣)، ٧٤٠/٢.

[2]) سنن ابن ماجه، باب القرض، رقم الحديث ٢٤٣٢، اسناده ضعيف، في إسناده عتبة بن حميد الضبي ضعفه أحمد وأبو حاتم. وذكره ابن حبان في الثقات. وابن أبي إسحاق لا يعرف حاله، بتحقيق محمد عبد الباقي.٨١٣/٢.

[3]) ينظر: صحيح البخاري، ٢٧/٣.

[4]) ينظر: فتح القدير، ٣١٨/٢ وما بعدها.

[5]) ينظر: بدائع الصنائع، ١٩٩/٥.

كما استدلوا للمنع بقول أم المؤمنين السيدة عائشة بئس ما شريت واشتريت، وحول هذه العبارة يعبر عنها ابن الهمام عن سد الذرائع، بتعبير صريح فيقول: "وَإِنَّمَا ذَمَّتْ الْعَقْدَ الْأولَ؛ لأنه وَسِيلَةٌ وَذَمَّتْ الثَّانِيَ؛ مَقْصُودُه الْفَسَادِ"[1].

❖ الفقه المالكي:

سنعرض بعض تطبيقات المالكية لهذا الأصل، ونبين مظاهر غلُوهم في اعمالهم لما وصفهم بعض العلماء بالمغالاة في إعمال هذا الأصل، ومن ذلك: بيوع الآجال وقد تطرقنا إليه.

(١) ومثال ذلك أيضاً ما يؤدي إلى بيع ما لا يجوز متفاضلاً، ومثاله أن يبيع شيئاً بعشرة دنانير لأجل، وبثمانية نقداً لم يجز، واعتبر ملغى، لأنه آل أمر العقدين إلى دفع ثمانية دنانير مُجعلة في عشرة مؤجلة، وأشار إلى ذلك الإمام مالك بقوله: "فِي الرَّجُلِ يَكُونُ لَهُ عَلَى الرَّجُلِ مِائَةُ دِينَارٍ، إلى أَجَلٍ. فَإِذَا حَلَّتْ، قَالَ لَهُ الَّذِي عَلَيْهِ الدَّيْنُ: بِعْنِي سِلْعَةً يَكُونُ ثَمَنُهَا مِائَةَ دِينَارٍ نَقْداً، بِمِائَةٍ وَخَمْسِينَ، إلى أَجَلٍ، قَالَ مَالِكٌ: هذَا بَيْعٌ لاَ يَصْلُحُ. وَلَمْ يَزَلْ أهل الْعِلْمِ يَنْهَوْنَ عَنْهُ"[2].

(٢) ما يؤدي إلى بيع المال الربوي متفاضلاً، ومثاله أن يبيع صنفاً وسطاً في الجودة بصنفين أحدهما أجود والآخر أردأ، قال ابن رشد: "فَإِنَّ مَالِكًا يَرُدُّ هَذَا لأنه يَتَّهِمُهُ أَنْ يَكُونَ إِنَّمَا قَصَدَ أَنْ يَدْفَعَ مُدَّيْنِ مِنَ الْوَسَطِ فِي مُدٍّ مِنَ الطَّيِّبِ، فَجَعَلَ مَعَهُ الرَّدِيءَ ذَرِيعَةً إلى تَحْلِيلِ مَا لَا يَجِبُ مِنْ ذَلِكَ"[3].

ومثله المراطلة، وهي بيع النقد بصنفه وزناً، لا تجوز عند الإمام مالك إذا اختلفت صفة الذهبيين في الجودة والرداءة، وعلل ذلك بأن صاحب الجياد أخذ فضل عيون ذهبه في التبر الذي طرح مع ذهبه، ولولا فضل ذهبه على ذهب صاحبه، لم يراطله فامتنع، لكونه يتخذ ذريعة لأكل الربا[4]، قال الإمام ابن رشد: "وَعُمْدَةُ مَذْهَبِ مَالِكٍ فِي مَنْعِهِ ذَلِكَ: الِاتِّهَامُ، وَهُوَ مُصَيِّرٌ إلى الْقَوْلِ بِسَدِّ الذَّرَائِعِ، وَذَلِكَ أَنَّهُ يَتَّهِمُ أَنْ يَكُونَ الْمُرَاطِلُ إِنَّمَا قَصَدَ بِذَلِكَ بَيْعَ الذَّهَبَيْنِ مُتَفَاضِلًا، فَكَأَنَّهُ أَعْطَى جُزْءًا مِنَ الْوَسَطِ بِأكثر مِنْهُ مِنَ الْأَرْدَأ، أو بِأَقَلَّ مِنْهُ مِنَ الْأَعْلَى، فَيَتَذَرَّعُ مِنْ ذَلِكَ إلى بَيْعِ الذَّهَبِ بِالذَّهَبِ مُتَفَاضِلًا، مِثَالُ ذَلِكَ أَنَّ إِنْسَانًا قَالَ لِآخَرَ: خُذْ مِنِّي خَمْسَةً وَعِشْرِينَ مِثْقَالًا وَسَطًا بِعِشْرِينَ مِنَ الْأَعْلَى، فَقَالَ: لَا يَجُوزُ هَذَا لَنَا، وَلَكِنْ أُعْطِيكَ عِشْرِينَ مِنَ الْأَعْلَى، وَعَشَرَةً أَدْنَى مِنْ ذَهَبِكَ، وَتُعْطِينِي أَنْتَ ثَلَاثِينَ مِنَ الْوَسَطِ، فَتَكُونُ الْعَشَرَةُ الْأَدْنَى يُقَابِلُهَا خَمْسَةٌ مِنْ ذَهَبِكَ، وَيُقَابِلُ الْعِشْرِينَ مِنْ ذَهَبِ الْوَسَطِ الْعِشْرِينَ مِنْ ذَهَبِكَ الْأَعْلَى"[5]، فلا ينبغي أن يجعل الصنف المرغوب فيه مقابل الشيء الرديء المسخوط ليستحيل بذلك ما نهي عنه من الأمر الذي لا يصلح، وغير ذلك من الأمثلة التي انبتت على هذا الأصل، وهي كثيرة في مختلف أبواب الفقه.

❖ شواهد الشافعية:

الذي يظهر أن الشافعية إذا ذكروا التهمة والذريعة فإنما يذكرونها من باب الاستئناس لا من باب الاستدلال، وعلى سبيل الاستحباب أو الحيطة، حيث إننا نجد لهم في مسائل كثيرة يذكرون فيها الذرائع، وفق أدلة يعتمدون فيها، وإليك ذكر أبرز هذه المواضيع:

---

[1]) حديث العالية ينظر: فتح القدير، ٤٣٥/٦.

[2])الموطأ، مالك بن أنس، باب ما جاء في الربا في الدين - رقم الحديث ٢٤٨٢، ٩٧٢/٤.

[3])بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ١٥٩/٣.

[4]) ينظر: المدخل إلى الاقتصاد الإسلامي، ص ١٨٥ وما بعدها.

[5])بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ٢١٤/٣.

(١) حكمهم بعدم لزوم إقرار المحجور عليه بالدين، فمن تطبيقات سد الذرائع عند الشافعية حسب الظاهر، حكمهم بعدم لزوم إقرار المحجور عليه بدين لزمه قبل الحجر في حق الغرماء، لأنه يتخذه ذريعة إلى التصرف بأمواله عن مواطأة وحيلة، وإن كانت المسألة تعد ضعيفة في المذهب، وفي هذا يقول صاحب المهذب: "وإن أقر بدين لزمه –المحجور عليه- قبل الحجر لزم الإقرار في حقه وهل يلزم في حق الغرماء فيه قولان: أحدهما لا يلزم لأنه متهم لأنه ربما واطأ المقر له ليأخذ ما أقر به ويرد عليه والثاني أنه يلزمه وهو الصحيح"[1].

(٢) ومن صور سد الذرائع عندهم، تصحيح قضاء القاضي بعلمه المقرر لدى الإمام الشافعي، ولكنه كان يكره الكلام بهذا بعدما فسد القضاة، سداً لذريعة الجَوْر على الناس، وهو ما ذكره امام المذهب بقوله: " إِذَا كَانَ الْقَاضِي عَدْلًا فَأَقَرَّ رَجُلٌ بَيْنَ يَدَيْهِ بِشَيْءٍ كَانَ الْإِقْرَارُ عِنْدَهُ أَثْبَتَ مِنْ أَنْ يَشْهَدَ عِنْدَهُ كُلُّ مَنْ يَشْهَدُ؛ لأنه قَدْ يُمْكِنُ أَنْ يَشْهَدُوا عِنْدَهُ بِزُورٍ، وَالْإِقْرَارُ عِنْدَهُ لَيْسَ فِيهِ شَكٌّ، وَأَمَّا الْقُضَاةُ الْيَوْمَ فَلَا أُحِبُّ أَنْ أَتَكَلَّمَ بِهَذَا كَرَاهِيَةَ أَنْ أَجْعَلَ لَهُمْ سَبِيلًا إلى أَنْ يَجُورُوا عَلَى النَّاسِ"[2].

(٣) من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه، تعد هذه القاعدة من ابرز الشواهد على العمل بسد الذرائع عند الشافعية، ومما يذكر وفق صور سد الذرائع، حرمان القاتل من الميراث بكل حال، سواء كان القاتل متهماً أو غير متهمٍ، حسماً للباب وسداً لذريعته، فوجب أن يحرم لئلا يجعل ذريعة إلى استعجال الميراث[3].

(٤) حكمهم بالكراهة على كل ما يكون ذريعةً إلى الاثم، من باب التعاون عليه، يقول صاحب المهذب: "ويكره بيع العنب ممن يعصر الخمر والتمر ممن يعمل النبيذ وبيع السلاح ممن يعصي الله تعالى به لأنه لا يأمن أن يكون ذلك معونة على المعصية"[4].

❖ **الفقه الحنبلي:**

أن الحنابلة يأتون بعد المالكية عملاً بسدّ الذرائع، ولذلك نجد أيضاً لديهم الكثير من المسائل التي اعتمدوا فيها على استنباطها وفق هذا الأصل، ولكنهم لم يبلغوا في ذلك حد الكثرة كالفقه المالكي، ومن أبرز تطبيقاتهم، على أصل سدِّ الذرائع:

(١) منعهم العقود المؤدية إلى الربا، قال الإمام ابن قدامه: "وَإِنْ بَاعَ سِلْعَةً بِنَقْدٍ، ثُمَّ اشْتَرَاهَا بِأكثر مِنْهُ نَسِيئَةً، فَقَالَ أَحْمَدُ، فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ: لَا يَجُوزُ ذَلِكَ إلَّا أَنْ يُغَيِّرَ السِّلْعَةَ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَتَّخِذُهُ وَسِيلَةً إلى الرِّبَا، فَأَشْبَهَ مَسْأَلَةَ الْعِينَةِ... وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجُوزَ لَهُ شِرَاؤُهَا بِجِنْسِ الثَّمَنِ بِأكثر مِنْهُ، إلَّا أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ عَنْ مُوَاطَأَةٍ، أو حِيلَةٍ، فَلَا يَجُوزُ"[5]، ووجه ذلك أنه ذريعة لحيلة شبه الربا إن قصدا ذلك ووقع ذلك اتفاقاً بينهما، لأن ذلك يتخذ وسيلة إلى السلف بزيادة، ومثله ما يؤدي بيع الطعام بالطعام بنسيئة.

---

[1]) المهذب في فقه الإمام الشافعي، إبراهيم بن علي الشيرازي (المتوفى: ٤٧٦هـ)، دار الكتب العلمية، ١١٤/٢.

[2]) الام، ٥٠/٧.

[3]) الأشباه والنظائر، السيوطي، ص ١٥٢- ١٥٣.

[4]) المهذب، الشيرازي، ٢١/٢.

[5]) المغني، ١٣٣/٤.

(٢) منعهم لكل ما هو ذريعة إلى الإثم، قال الله تعالى: ﴿ وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلۡإِثۡمِ وَٱلۡعُدۡوَٰنِ ﴾[١]، منعوا بيع العنب لمن يتخذه خمراً، لما فيه من المعاونة على الإثم، ولو وقع البيع فهو باطل، وهكذا الحكم في كل ما يقصد به الحرام، كبيع السلاح لأهل الحروب والفتن أو قطاع الطريق، وقد نقل عن الإمام أحمد أنه كان يكره من يرخص السلع ليعمد إلى الإضرار بغيره، لورد النهي عن ذلك[٢].

(٣) منعهم العقود التي تؤدي إلى الحيل لمناقضتها لسدِّ الذرائع، تحريمهم للحيل حيث أنها تؤيد سد الذرائع، قال ابن القيم: "وَتَجْوِيزُ الْحِيَلِ يُنَاقِضُ سَدَّ الذَّرَائِعِ مُنَاقَضَةً ظَاهِرَةً؛ فَإِنَّ الشَّارِعَ يَسُدُّ الطَّرِيقَ إلى الْمَفَاسِدِ بِكُلِّ مُمْكِنٍ، وَالْمُحْتَالُ يَفْتَحُ الطَّرِيقَ إليها بِحِيلَةٍ، فَأَيْنَ مَنْ يَمْنَعُ مِنْ الْجَائِزِ خَشْيَةَ الْوُقُوعِ فِي الْمُحَرَّمِ إلى مَنْ يَعْمَلُ الْحِيلَةَ فِي التَّوَصُّلِ إليه"[٣]، وكذا عدم قطع الثمرة المشتراة حتى يبدو صلاحها، ولذلك منعوا كل فعل قصد به صاحبه أمراً محظوراً[٤]، وقد علل ابن قدامه على عدم جواز بيع الثمرة قبل نضوجها بقوله: "وَلِأَنَّ صِحَّةَ الْبَيْعِ تَجْعَلُ ذَلِكَ ذَرِيعَةً إلى شِرَاءِ الثَّمَرَةِ قَبْلَ بُدُوِّ صَلَاحِهَا، وَتَرْكِهَا حَتَّى يَبْدُوَ صَلَاحُهَا، وَوَسَائِلُ الْحَرَامِ حَرَامٌ، كَبَيْعِ الْعِيِّنَةِ...وَهَذَا فِيمَا إذَا لَمْ يُقْصَدْ وَقْتَ الشِّرَاءِ تَأْخِيرُهُ، وَلَمْ يُجْعَلْ شِرَاؤُهُ بِشَرْطِ الْقَطْعِ حِيلَةً، عَلَى الْمَنْهِيِّ عَنْهُ مِنْ شِرَاءِ الثَّمَرَةِ قَبْلَ بُدُوِّ صَلَاحِهَا، لِيَتْرُكَهَا حَتَّى يَبْدُوَ صَلَاحُهَا، فَأَمَّا إنْ قَصَدَ ذَلِكَ، فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ مِنْ أصلهِ؛ لأنه حِيلَةٌ مُحَرَّمَةٌ"[٥].

المطلب الرابع: ضوابط سد الذرائع

هنالك ضوابط عديدة لابد من أن تتوفر للعمل بسد الذرائع، وسأذكر فيما يأتي أهم تلك الضوابط وهي:

١) الظن الغالب المؤدي إلى مفسدة يلحق بسدِّ الذرائع بكونه يعد بالعلم القطعي، كما هو الحال للأمور الظنية في الأحكام العملية تجري مجرى العلم، فالظاهر جريانه هنا، وهذا التحقيق داخل في مضمون النص، لأن معنى سد الذرائع هو الاحتياط للفساد، والاحتياط يوجب الأخذ بغلبة الظن[٦].

٢) أن تكون مقصداً أو وسيلة مباحة لذاتها، مشروعة الظاهر، وتفضي قطعاً إلى مفسدة بحيث لا يكون له ظاهر غيره، أو يغلب على الظن إفضاؤه إلى المفسدة، ولا يبلغ احتمال عدم الافضاء، مبلغاً يعتبر وجوده في مقابل غلبة الظن[٧].

٣) إناطة الحكم بالأوصاف الظاهرة المنضبطة، كي يتبين جلياً وجود الأوصاف والمعاني التي راعتها الشريعة، لتهدي الفقهاء إذا افضت إلى أمر قويت التهمة في التطرق به إلى الممنوع[١].

---

[١]) سورة المائدة: من الآية ٢.

[٢]) ينظر: أثر الادلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، د. مصطفى ديب البُغا، ٥٨٥/٢.

[٣]) إعلام الموقعين عن رب العالمين، ١٢٦/٣.

[٤]) ينظر: أثر الادلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، د. مصطفى ديب البُغا، ٥٨٥/٢.

[٥]) المغني، ٦٦/٤.

[٦]) ينظر: مقاصد الشريعة الإسلامية، ابن عاشور، ص ١٣٤.

[٧]) ينظر: شرح الكوكب المنير، تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي المعروف بابن النجار الحنبلي (المتوفى: ٩٧٢هـ)، المحقق: محمد الزحيلي ونزيه حماد، مكتبة العبيكان، الطبعة الثانية ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م، ٤٣٤/٤.

٤) الانضباط بتمييز المعاني تمييزاً لا يقبل الاشتباه، بحيث تكون لكل معنى خواصّها وآثارها المرتبة عليها، مثل القرابة في امور المواريث والنكاح، دون ما لا ينضبط كالمحبة والصداقة والتبني، كما ورد عن النبي محمد صلى الله عليه وسلم في خطبته لعائشة وقوله لأبيها: ((أَنْتَ أَخِي.. وَهِيَ لِي حَلاَلٌ))[٢].

٥) تمييز مقاصد الأصل، وهذا ما يترتب في المعاملات المالية المعاصرة، فالبيع والربا قد يشتبهان في الأصل بكون كليهما معاملة مقصدهما الربح، ولكن أحلَّ أحدهما ليعطي قصداً لسدِّ الحاجة، وحُرِّم الآخر إلا لأجل اختلاف المعنى والخواص[٣].

٦) الخصائص المعينة للمواهي المعقود عليها لا يغير من حقيقة مسماه، ليتميز العمل المشروع عن غيره كما هو الحال في عقد التأمين والتورق، يتضمن كلاهما عدة أشكال من العقود، يختلف توصيفهم، والقول بتشابههما قول عارٍ عن الصحة، فينبغي إزالة الغموض والإيهام والخلط، والكشف جلياً عن تفاصيل المعقودً عليه[٤].

---

[١]) ينظر: المدخل إلى الاقتصاد الإسلامي، ص ١٩٠- ١٩١.

[٢]) صحيح البخاري، باب تزويج الصغار من الكبار، رقم الحديث ٥٠٨١، ٥/٧.

[٣]) ينظر: أبحاث حول اصول الفقه تاريخه وتطوره، د. سعيد الخن، ص ٢٦٦.

[٤]) ينظر: مقاصد الشريعة الإسلامية، ابن عاشور، ص ١٣٤.

المبحث الثاني

أثر سد الذرائع في استنباط المعاملات المصرفية المعاصرة

تمهيد

لقد أوضحنا فيما سبق بشأن سد الذرائع وما يتفرع منه من أقسام وضوابط وآراء الأصوليين حتى وصلنا إلى راي سائغ وفق ما وجدناه في كتب أصول الفقه، وبيان تطبيقاته المصرفية المعاصرة، من خلال مطلبين.

أحدهما أثر سد الذرائع في التورق المصرفي المنظم،

وأما الآخر أثر سد الذرائع في التأمين التجاري.

حيث يحاول هذا التمهيد ان يسلط الضوء إلى المعاملات المصرفية المعاصرة وربطها بدراسة أصل من أصول الفقه وهو دليل سد الذرائع من الناحية الموضوعية، على صعيد المنهج العلمي، ويحاول الاجابة عن الاسئلة التي تطرح على صعيد هذا النمط، ويعدُّ لونا جديدا في التصنيف الاقتصادي، فانه يعدو أمراً مستساغا ومقبولا، إن لم يكن ضرورياً في بعض الاحيان، إذ موضوع الاطروحة يدرس بين علمي الاقتصاد والأصول، بغية استخراج الأحكام الشرعية المتعلقة بالمعاملات المصرفية المعاصرة[1].

وتضمن هذا المبحث مطلبين، على ان نلقي الضوء أولا على مفهوم تطبيق عمليات التورق المصرفي المنظم لدى البنوك، التي تحتاج إلى نظر واستفراغ جهد في الاجتهاد للوصول إلى العلة التي ارتبط بها الحكم المستفاد عن مناط الحكم، وأما المطلب الثاني فقد تمحور على تقويم المسيرة النظرية لعقد التأمين التجاري ومدى مشروعيته، التي تحتاج إلى نظر واستفراغ جهد في الاجتهاد للوصول إلى العلة التي ارتبط بها الحكم المستفاد عن مناط الحكم وكيفية التعامل بها عن طريق المؤسسات الحكومية، مع ذكر مفهومها من حيث التعريف والتقسيم والتباين فيما بينها، من غير الخوض في تفاصيل جزئيات غيرها.

المطلب الأول: أثر سد الذرائع في التورُّق المصرفي المنظم

يتناول هذا المطلب حقيقة التورق عند اللغويين للتعرف على مفهومها الاصطلاحي، والتأمل في تصور مفهومها عند علماء الاقتصاد وما إلى ذلك من حقائق ذات الصلة بجزئيات التورق، ثم التطرق إلى مفهوم التورق في اصطلاح الفقهاء، وحقيقته المصرفية المعاصرة، ويمكن من خلال التعريفات الوصول إلى حكمه الشرعي، للتعرف على تطبيقاته وفق مجال القول بسدِّ الذرائع على مقتضى المصلحة أو الضرر[2].

---

[1]) ينظر: نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، د. وهبة الزحيلي، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط/الثالثة، ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م، ص ٢٣٥.

[2]) ينظر: منهج استنباط احكام النوازل الفقهية المعاصرة، مسفِر بن علي بن محمد القحطاني، ص ٦٠٨.

الفرع الأول: تعريف التورُّق

<u>أولاً: تعريف التورُّق لغةً:</u> مشتق من الورِق، ويطلق في اللغة على معانٍ عدة منها:

١) الفضة: قال ابن منظور: "الوَرِقُ والوِرْقُ والوَرْقُ والرِّقَةُ: الدَّرَاهِمُ... وَقَالَ أَبو عُبَيْدَةَ: الوَرَقُ الْفِضَّةُ، كَانَتْ مَضْرُوبَةً كَدَرَاهِمَ أو لَا"[1]. ومن ذلك قوله تعالى: ﴿ فَٱبۡعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمۡ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلۡمَدِينَةِ ﴾[2].

٢) المال: قال الفيروز آبادي: "أورق، اي كثر مالُه ودراهمه"[3]. ويقال: التجارة مَوْرَقَةٌ للمال ــ كمجلبة ــ أي مُكَثِّرَةٌ. وقال أبن فارس: "الورق: المال من قياس ورق الشجر"[4].

٣) الطلب: يقال في اللغة أستورَق أي طلب الورق فهو مستورِق، وسمي هذا السعي تورقاً، لان المقصود منه الحصول على الورق[5].

٤) الكلفة والمشقة: من خلال النظر في صيغة التورُّق على وزن تفعُّل تدل على سعي المرء في الشيء بعناء وعسر، كتحلّم وتشجّع وتصبّر[6].

التصدير: جاء في المعجم الوسيط: والأوراق المصرفية في الاقتصاد أوراق يصدرها بنك الاصدار مشتملة على التزام بدفع مبلغ معين من النقود لحاملها عند الطلب، أو عند المدة المقررة[7].

<u>ثانياً: تعريف التورُّق اصطلاحاً:</u> قبل التطرق إلى مفهوم التورق في اصطلاح الفقهاء يجب ان يلاحظ ان الفقهاء قد عرّفوا التورق من خلال تصورهم لمفهوم التورق لما لها من أهمية في الوقوف على المعنى الاصطلاحي عند الفقهاء. ويمكن سوق مجموعة من التعريفات للتورق عند علماء المسلمين المعاصرين، التي استنبطها المعاصرون من فحوى كلام علماء المسلمين القدامى للتورق وهي:

١) يقول الدكتور علي محيي الدين القره داغي: "هو شراء سلعة لبيعها لأخر للحصول على النقد. وذلك بأن يشتري سلعة نسيئة، ثم يبيعها لآخر (غير البائع الأول) نقداً ويكون البيع في الغالب بأقل مما اشتراها منه"[8].

---

[1]) لسان العرب، ١٠/٣٧٥.

[2]) سورة الكهف: من الآية ١٩.

[3]) القاموس المحيط، ص ٩٢٨.

[4]) مقاييس اللغة، ٦/١٠١.

[5]) ينظر: المعجم الوسيط، ابراهيم مصطفى وآخرون - باب الهمزه والباء - مجمع اللغة العربية بالقاهرة - دار الدعوة، ص ٢/١٠٢٦.

[6]) ينظر : زاد المعاد، ابن القيم الجوزية (المتوفى: ٧٥١هـ)، مؤسسة الرسالة، بيروت - مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، الطبعة: السابعة والعشرون ، ١٤١٥هـ /١٩٩٤م، ٤/١٢٧.

[7]) ينظر: المعجم الوسيط، ٢/١٠٢٦.

[8]) بحوث في الاقتصاد الإسلامي، د. علي القره داغي، ص٨.

٢) يقول الدكتور وَهْبَة الزُّحَيْلِيّ: " هو أن يشتري الشخص السلعة إلى أجل، ثم يبيعها لغير بائعها الأول نقداً في الحال، ويأخذ ثمنها، بقصد الحصول على الدراهم"[١].

٣) يقول القاضي عبد الله بن سليمان المنيع: "فهو تصرف المحتاج للنقد تصرفا يبعده من الصيغ الربوية، ويمكنه من تغطية حاجته النقدية. وذلك يشتري سلعة قيمتها مقاربة لمقدار حاجته النقدية مع زيادة في ثمنها لقاء تأجيل دفع قيمتها، ثم يقوم ببيعها بثمن حال ليغطي بذلك الثمن حاجته القائمة، وبشرط ألا يبيعها على من اشتراها منه"[٢].

وبعد هذا أشير الان إلى كلام الفقهاء لمفهوم التورق، الذي استنبطه المعاصرون من فحوى كلامهم، فثم مؤشر يشير إلى وجود شبه اتفاق لمفهوم التورق عند الفقهاء، ويمكن عرض مجموعة من التعريفات عند العلماء، للتعرف على حقيقة التورق المعاصر، ثم ننظر إلى حقيقة التورق من خلال التعامل المصرفي المعاصر، ويمكن سوق مجموعة من التعريفات للتورق عند علماء المسلمين في الاصطلاح الفقهي ويمكن رصد ثلاثة اتجاهات في اطلاق تسمية التورُق لديهم، ذات صلة بموضوع التورق وهي:

١) الزرنقة: قال ابو منصور الازهري[٣]: "هو أن يشتري الرجل سلعةً بثمن إلى إلى أجل ثم يبيعها من غير بائعها بالنقد"[٤]، وقال بعض أهل اللغة الزرنقة وهي العينة، وربما كان منشأ ذلك استواءهما في الحكم، لوجود نوعِ شبهٍ من جهة المعنى بين التورق والعينة، وكأنه معرّب زرنه: أي ليس الذهب معي[٥].

٢) بيوع الآجال: قال ابن جزي الكلبي[٦]: "يجوز بيع السّلْعَة من غير بَائِعهَا مُطلقًا"[٧]، هذا ينص صراحة على حكم مسألة التورق، ويتضح ذلك جلياً بمقتضى الشرط، أن المبتاع اذا كان غير البائع الأول فلا حظر في ذلك[٨].

---

[١]) الفقه الإسلامي وادلته، د. وهبه الزحيلي – دار الفكر - سوريَّة – دمشق، الطَّبعة الرَّابعة، ١٤٣/٥.

[٢]) مجلة البحوث الإسلامية، القاضي عبد الله المنيع ، التأصيل الفقهي للتورق في ضوء الاحتياجات التمويلية المعاصرة، ٣٥٣/٧٢-٣٥٤.

[٣]) هو محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي، أبو منصور: أحد الأئمة في اللغة والأدب والفقيه الشافعي، مولده ووفاته في هراة بخراسان(٢٨٢ - ٣٧٠ هـ). نسبته إلى جده " الأزهر " عني بالفقه فاشتهر به أولا، ثم غلب عليه التبحر في العربية، فرحل في طلبها وقصد القبائل وتوسع في أخبارهم، ومن كتبه (غريب الألفاظ التي استعملها الفقهاء، الزاهر، تفسير القران" ينظر: الأعلام:٣١١/٥.

[٤]) الزاهر، محمد بن أحمد بن الأزهري، طبعة/ وزارة الاوقاف بالكويت، ١٣٩٩ه، ص ٢١٦.

[٥]) ينظر: غريب الحديث، البستي المعروف بالخطابي (المتوفى: ٣٨٨هـ)، المحقق: عبد الكريم إبراهيم الغرباوي، وخرج أحاديثه: عبد القيوم عبد رب النبي، دار الفكر، الطبعة: ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م، ٢٠٤/٢،النهاية في غريب الحديث والأثر، مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد الشيباني الجزري ابن الأثير (المتوفى: ٦٠٦هـ)، المكتبة العلمية - بيروت، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي - محمود محمد الطناحي، ٣٠١/٢.

[٦]) هو محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي الكلبي، أبو القاسم: فقيه من العلماء المالكية بالأصول واللغة. من أهل غرناطة. (٦٩٣ - ٧٤١ هـ) من كتبه "القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، التسهيل لعلوم التنزيل، وسيلة المسلم". ينظر: الأعلام، ٣٢٥/٥.

[٧]) القوانين الفقهية، ابن جزي الكلبي ، ص ١٧٩.

[٨]) ينظر: بداية المجتهد، ١٦٠/٣.

٣) التورّق: قال ابن تيمية: " إِن كَانَ المُشْتَرِي يَأْخُذ السّلْعَة فيبيعها فِي مَوضِع آخر فيشتريها بِمِائَة ويبيعها بتسعين لأجل الْحَاجة إلى الدَّرَاهِم فَهِيَ مَسْأَلَة التورق"[١]، وهو الغرض مستمد من المعنى اللغوي، لان العرض منه لا السلعة وانما النقد، وعلى ذلك نص الإمام احمد، ليحصل بذلك على النقد دون تقييد بالدراهم الفضية[٢].

وعند التأمل في مفهوم التورق عند علماء المسلمين نجد اتفاقاً من خلال توصيفهم لتعريف التورق، وان اختلفوا في تسميته كما بُيّن ذلك في تعريفاتهم الا ان مضمونه يؤدي إلى معنى واحد وهو ان يشتري المرءُ سلعةً بالأجل، ثم يبيعها نقداً لغير البائع، ليحصل بذلك على النقود[٣].

ويمكن القول إن النظرة الاقتصادية المعاصرة لا تخرج عن النظرة الفقهية، بل ان فقهاءنا عليهم الرحمة، قد كان لهم جانب السبق في إدراك مفهوم التورُّق كما رأينا، وقبل ان أبدأ بذكر التعريفات المصرفيين لابد ان أُنبه على بعض الفقرات التي لها علاقة بمفهوم التورق، منها من الصعب وضع تعريف شامل للتورق يحدد بدقة كل ما يتعلق بهذا الموضوع.

الفرع الثاني: أنواع التورق

وسببه انقسام التورق إلى أنواع عدة، حيث يتجه البعض في تعريفها من خلال النظر إلى التوسل بالعقود والتصرفات المشروعة إلى مقصود محرم خبيث، بينما يذهب الآخرون إلى التركيز من زاوية أخرى كبديل شرعي للقرض الربوي وفق منظومة تعاقدية أفضل، تكفل حصول العميل وربما المؤسسات المالية على السيولة النقدية المطلوبة في الوقت المرغوب، ويمكن عرض مجموعة من صور التورق وأنواعه من خلال النظام المصرفي المعاصر وهي:

١) التورق الفردي: هو شراء سلعة وملكه بثمن مؤجل في حاجة إلى النقود ثم بيعها إلى غير من اشتريت منه للحصول على النقد بثمن حال[٤]. ويسمى أيضاً بالتورق الحقيقي أو الفقهي[٥].

٢) التورق المنظم: وهو أن يتولى البائع ـ المصرف ـ ترتيب الحصول على النقد للمتورق، بأن يبيع للعميل سلعة بأجل، ثم بيعها نيابة عنه بعد ثبوت ملكيتها له نقداً لطرف ثالث ويقبض الثمن من المشتري، ويسلمه للمتورق[٦].

---

[١]) مختصر الفتاوى المصرية، محمد بن علي بدر الدين البعليّ (المتوفى: ٧٧٨هـ)، المحقق: محمد حامد الفقي، دار ابن القيم ـ الدمام ـ السعودية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٦ ـ ١٩٨٦، ص ٣٢٧.

[٢]) ينظر: مجلة الاحكام الشرعية على مذهب احمد نصت م(٢٣٤) على ذلك، الفروع وتصحيح الفروع، محمد بن مفلح شمس الدين المقدسي الرامينى ثم الصالحي الحنبلي (المتوفى: ٧٦٣هـ)، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي ـ مؤسسة الرسالة ـ الطبعة: الأولى ١٤٢٤ هـ، ٣١٦/٦.

[٣]) ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، ١٤٧/١٤.

[٤]) ينظر: قرار من المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، حكم بيع التورق، الدورة الخامسة عشرة، مكة المكرمة، ١٤١٩ه، ١٩٩٨م، ص ٣٢٠.

[٥]) وسيأتي الحديث عن هذا النوع بمزيد وإيضاح عن التورق الفردي في الفصل الرابع من هذه الأطروحة.

[٦]) ينظر: المالية والمصرفية المعاصرة، د. نزيه حمّاد، ص ١٧٧.

٣) التورق المصرفي: وهو قيام المصرف بعمل منهجي يتم فيه ترتيب بيع سلعة من الأسواق العالمية للسلع، لصالح الزبون بثمن آجل، على أن يلتزم المصرف ببيع الصفقة، بأن ينوب عنه في بيعها على مشترٍ آخر بثمن حاضر، وتسليم ثمنها للمستورق[١].

٤) التورق العكسي: وهو أن يقوم فيه العميل بتوكيل المصرف الإسلامي بشراء سلعة معينة، ويتم فيه تسليم ثمن هذه السلعة مباشرة، ثم يقوم المصرف بشراء هذه السلعة من العميل بثمن مؤجل، وبربح يتم الاتفاق عليه مع العميل. ويسمى بالمرابحة العكسية[٢].

والذي يعنينا هو ذكر اقرب المعاني فيما يتعلق ببيع التورق المصرفي المنظم تحديداً، وسبق أن بيناه في التعريفين الثاني والثالث، وإن كان التعريف الرابع يدخل تلقائياً لاتفاقه معهما في المضمون، مما ولَّد التباساً على عامة الناس في زماننا بحقيقة تطبيقه في الواقع المصرفي، وكذلك تحققُ مُسمَّى الاسم حيث أنه مطروقٌ قديماً.

يجدر بنا بيان حقيقة واقع عقد بيع التورق المصرفي المنظم التي يثار عليها الجدل في أيامنا هذه بدافع الضرورة، أو على أقل تقدير الحاجة، للحصول على النقد بزعمهم من أجل جلب مصلحة ودرء مفسدة، لينتهي الأمر بخروج العقود المالية التقليدية عن مسارها الصحيح[٣].

الفرع الثالث: حقيقة عملية التورّق المصرفي المنظم

يجد المتأمل في حقيقة العقود المالية التي كانت تجري بين المسلمين في السابق، وما يجري منها حالياً فرقاً واضحاً بين حقيقة طبيعتها، من أجل جذب العملاء وكسبهم ومنها عقد بيع التورّق المصرفي ويطلق عليه أيضاً التورق المؤسسي، حيث أهمل اعتبار المقاصد والغايات التي تبرمها، لينتهي الأمر بتقدم بعض البنوك عقوداً تغلب عليها الصورية، وتخلو من المقاصد الحقيقية لكل من أراد ذلك، وعلى هذا الأساس انتشر بيع التورق المنظم وغيرها من العقود المماثلة مع زيادات وإضافات كثيرة على أصل العقد المشروع ، وهو ما أدى في صورته النهائية إلى الخروج بشكل جديد، اختلف تماماً عن شكله، وانحرف عن مقصده.

عملية التورّق المصرفي المنظم يظهر فيه شراء المستورق سلعة من الأسواق الدولية وما شابهها، بثمن مؤجل يتولى البائع ترتيب بيعها، إما بنفسه أو بتوكيل غيره أو بتواطؤ المستورق مع البائع على ذلك، وذلك بثمن حال أقل غالباً[٤]، وهو ما يشابه عقد التورق الفردي ويخالفه في المضمون نتيجة ما طرأ عليه من زيادات وتغيرات في التطبيق العملي الذي تجريه المؤسسات المالية المعاصرة.

---

[١]) ينظر: حقيقة بيع التورق الفقهي والتورق المصرفي، د. إبراهيم العبيدي، ط/١، ١٤٢٩/٢٠٠٨م، ص ٧٨.

[٢]) ينظر: المصرفية الإسلامية، قواعد وأسس، إعداد د. إبراهيم العبيدي، الدورة العلمية الرابعة لمجمع الفقهي العراقي للدعوة والإفتاء، ١٤٣٦ه/٢٠١٥م، ص ٥٢.

[٣]) ينظر: المالية والمصرفية المعاصرة، د. نزيه حمّاد، ص ١٨٠.

[٤]) ينظر: التورق المصرفي: رياض بن راشد آل رشود، وزارة الأوقاف القطرية، الطبعة الأولى، ١٤٣٤ه/٢٠١٣م، ص ١١٨ وما بعدها.

واليوم بعد أن توسعت البنوك في تعاملاتها، أدت إلى خروج التورّق المصرفي عن صيغته التي كانت عليها، بحيث تتم أغلب تطبيقات بيعه اليوم من خلالها من دون بيع حقيقي، إذ تبقى السلعة جامدة لا تتحرك من مكانها، ولربما بيعت عشرات المرات بيعاً صورياً غير حقيقي، فيتحقق التباين بين الجانب النظري والجانب التطبيقي[1].

ومن خلال تتبع المسيرة العملية، يتأكد بعين الناقد البنّاء التي رصدت الحيل الظاهرة المنتشرة لدرجة أنها أصبحت هي الأساس في الوقت التي تثار حولها الشبهات أصلاً، لتتفرع منها منتجات ومعاملات مالية تحمل مسميات قديمة مستمدة من تراثنا الفقهي كالتورق الفردي، ولكنها تخالفها في المضمون لخلوها من المقاصد، فضلاً عن الثغرات الشرعية التي تحملها بين طياتها على مستوى التنظير والتطبيق على حدٍ سواء، وهو الذي أربك الساحة المصرفية، وهو شائع في واقعنا الحاضر[2].

ونستطيع القول أن ما تمَّ استعراضه يمثل الجانب النظري لعقد التورق الذي تطور بدوره في الجانب العملي وتحديداً المصرفي، ليعرف فيما بعد بتسمية جديدة تدعى التورق المصرفي المنظم، وقد أضيفت كلمة المصرفي على التورق للإشارة إلى الجانب العملي لهذا العقد، الذي أخذت المؤسسات المالية بتنفيذه، وكلمة المنظم لتوليته الإجراءات من خلال ما يرتبه من اتفاقات سابقة على عقد البيع مع كل من الشركة البائعة، التي تبيع عليه والشركة المشترية التي تشتري منه، وهو اتفاق ينظّم التعامل المستقبلي مع تلك الشركات من خلال الاتفاق على إجراءات وأحكام معينة، ومن أجل هذا سُمِّيَ بالتورق المنظّم[3]، حتى أخرجته عن أصله ولم يبق منه ما يشبه بيع التورق الفقهي، ويمكن أن تكون مسألة بيع السلعة نيابة عن الزبون المستورق لا تعدو أن تكون واحدةً من الطرق الآتية[4]:

<u>الطريقة الأولى:</u> أن يبيع البنك السلعة إلى الجهة نفسها التي اشتراها منها ابتداء، والذي يظهر وفق هذه الصورة، أن حقيقة هذا البيع إنما تمَّ بين البائع الذي ظلت السلعة في حرزه، وبين البنك المشتري، ثم قام ببيع السلعة على نفس البائع، وهنا يدخل الزبون المستورق بشراء السلعة المعينة ولم يقبضها، ويوكل البنك بالبيع، فإن التوكيل لا يتعدى أن يكون حيلة لتحصيل النقد، لأنه لم يملك السلعة ملكاً حقيقياً بالقبض، لقوله صلى الله عليه وسلم: ((لا تبع ما ليس عندك))[5]، فكيف له أن يوكل غيره بالتصرف فيما لم يقبض[6].

---

[1]) ينظر: تطبيقات التورُّق واستخداماته في العمل المصرفي الإسلامي، موسى آدم عيسى، بحث مقدم إلى مؤتمر دور المؤسسات المصرفية الإسلامية، جامعة الشارقة، ص ١٢- ١٥.

[2]) ينظر: التورّق كما تجريه المصارف في الوقت الحاضر، عبدالله السعيدي، بحث مقدم للدورة السابعة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي المنعقدة في مكة المكرمة، سنة ١٤٢٤ه، ص ٢٦.

[3]) ينظر: التورق المصرفي: رياض بن راشد آل رشود، ص ١٢٢.

[4]) ينظر: تطبيقات التورُّق واستخداماته في العمل المصرفي الإسلامي، موسى آدم عيسى، ص ١٢- ١٥.

[5]) أخرجه الترمذي، ابواب البيوع – باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك - رقم الحديث – ١٢٣٢. حديث صحيح لغيره ينظر: مسند الإمام أحمد بن حنبل، الإمام احمد –بتحقيق شعيب الأرنؤوط وآخرون،٢٦/٢٤.

[6]) ينظر: التورّق والتورق المنظم، سامي السويلم، بحث مقدم للدورة السابعة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي المنعقدة في مكة المكرمة، سنة ١٤٢٤ه، ص ٢٦.

الطريقة الثانية: أن يبيع المصرف السلعة إلى غير الجهة التي اشتراها منها، ولكنه قد أبرم مع هذه الجهة سواء كانت مؤسسة أو شركة أو مصرف أو نحو ذلك اتفاقاً يقضي ببيع ما يشتريه من سلع قد باعها، والذي يبدو أنها أن هذا الأسلوب يعتد ببيع العينة الثلاثية الذي أشار إليه بعض الفقهاء، ويعني ذلك أن المصرف قد اشترى من جهة ما سلعة، واتفق مع جهة أخرى أن تشتري منه السلعة التي باعها المصرف، وهذه الطريقة كسابقتها لا تخلو من الحظر، على اعتبار أن بيع العينة تتم بين طرفين، وهذه تتم بين ثلاثة أطراف بالاتفاق المسبق[١].

الطريقة الثالثة: أن يبيع المصرف إلى غير الجهة التي اشترى منها، ولم يبرم معها اتفاق على شراء ما يبيعه من سلع، ولإجراء عمليات التورق بهذه الطريقة، لابُدَّ أن تخضع لبعض المواصفات حتى تكون محلاً صالحاً، وأبرز المواصفات التي لابدَّ منها هي كالتالي[٢]:

١) أن تتمتع بالسُيولة بمعنى وجود سُوق حيوية لها.
٢) أن تتسِمَ بالاستقرار النسبي للسعر في المدى القصير.
٣) السرعة والسهولة في الإجراءات.

والذي يبدو أن هذه العملية أخف من سابقتيها باعتبار انتفاء الحيلة، ولكن يبقى عدم استلام الزبون السلعة ثم يوكل المصرف ببيع العين عند إبرامه العقد، وإذا سلمنا بصحة الوكالة وإجراءات البيع، ولكن ما مدى تطبيق هذه الطريقة في مصارف اليوم، وما مدى جدية الالتزام بها في الواقع[٣]؟.

ووفقاً لهذه الطرق فإن بيع التورق الفقهي الحقيقي يختلف عن حقيقة عقد بيع التورق المصرفي المنظم، حيث يكون الزبون غير قابض للسلعة التي اشتراها والتي لا يستطيع بيعها بنفسه فيوكل المصرف ببيعها، ولكن هذا التخيير شكلي صوري، لأن التورق المنظم إنما يكون في سلع يصعب على المستورق قبضها، فضلاً عن التصرف بها، فلو اختار المتعامل قبض السلعة بنفسه، فإنه سيعرض نفسه لخسارة كبيرة جداً، بسبب العراقيل التي وضعت أمامه، وفقاً لآلية ذلك البيع وطبيعة تلك السلع تحديداً التي أختارها المصرف لتكون أداة للتعامل[٤].

فيظهر المستفيد الأكبر من عملية التورق المنظم هو المصرف نفسه، فهو ينمي أمواله من خلال العائد على رأس ماله عن طريق شرائه للسلعة نقداً وبيعها في الأجل مع بقاء السلعة في حوزته ليكرر العملية مع زبون أخر، فيتبين مقصد المصرف في التورق المنظم التطبيقي هو توفير السيولة النقدية، وتحقيق المكاسب من المستورق الذي لا حول له ولا قوة إلا التوقيع لما يراه من إجراءات مقننة بسبب حاجته للنقد، وصيغاً نمطية ومنظومات تعاقدية تتكرر في عمليات إجراءاته، وهكذا تبدو العملية من الجانب التطبيقي مجرد تكتيك مسرحي، لا يدري المشتري فيها ما الذي اشترى فيها، وما الذي باعه منها[٥].

---

[١]) ينظر: المالية والمصرفية المعاصرة، د. نزيه حمّاد، ص ١٨٠.
[٢]) ينظر: التطبيقات المصرفية لعقد التورق، أحمد محيي الدين أحمد، بحث مقدم إلى مؤتمر دور المؤسسات المصرفية الإسلامية، جامعة الشارقة، ص ٣.
[٣]) ينظر: المصرفية الإسلامية، قواعد وأسس، إعداد د. إبراهيم العبيدي، ص ٤٨.
[٤]) ينظر: موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، د. علي السالوس، ص ٥٥٧ وما بعدها.
[٥]) ينظر: التورق المصرفي: رياض بن راشد آل رشود، ص ١٢٢.

الفرع الرابع: الآراء الفقهية حول عقد التورّق المصرفي المنظم

وفيما سبق تطرقتُ إلى مكانة التورق المصرفي المنظم كونه يعد أحدى صيغ التمويل المهمة في البنوك، إذ تتم عن طريق المرابحة حيث يشتري المصرف السلعة ثم يبيعها بالتقسيط للزبون طالب السلعة، وإن كانت العملية ستؤول إلى التورق (النقد)، وهي من المعاملات المستحدثة، ولكن التورق الفردي فقد تكلّم حوله المجتهدون الفقهاء، وحيث إن التورق المصرفي المنظم معاملة حديثة، فليس في كتب الفقهاء ما ينص على حكم هذه المعاملة صراحة، غير أنهم (رحمهم الله) تركوا لنا من الضوابط والقواعد والأسس التي تكون كفيلةً لمعرفة رأيهم في التورق المصرفي المعاصر، بما يأتي:

أولاً: موقف الحنفية:

يتضح مذهب الحنفية في مسألة التورق المصرفي المنظم بأمرين:

أحدهما: إن كانت الاتفاقات التي تبرمها المؤسسات المالية للتورق المصرفي تتفق على بناء وتركيب المنظومة التعاقدية لعملية، وفق المواصفات المحددة التي يرغب العميل ببيعها له بثمن مؤجل بحسب نظام التقسيط المتفق عليه بينهما.

وعلى هذا المبدأ يجب أن يراعى في التورق المصرفي المنظم الضوابط الشرعية العامة للجمع بين العقود والوعود في معاملة واحدة، مع تجنب الحيل التي لا تصب في مصلحة العقد، وتكون ذريعة إلى الربا، فالشريعة جاءت لتحصيل المصالح وتعطيل المفاسد وتقليلها بحسب الإمكان، فإنه يُحكم على المجموع بالجواز، فلا حرج شرعاً في تطوير التورق، وبذلك أشار الإمام الزيلعي في مشروعية الحوالة المطلقة والمقيدة، والاحتجاج بما عرضناه بقوله: "وَلِأَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا يَتَضَمَّنُ أُمُورًا جَائِزَةً عِنْدَ الِانْفِرَادِ وَهِيَ تَبَرُّعُ الْمُحْتَالِ عَلَيْهِ بِالِالْتِزَامِ فِي ذِمَّتِهِ وَالْإِيفَاءِ وَتَوْكِيلِ الْمُحْتَالِ بِقَبْضِ الدَّيْنِ أو الْعَيْنِ مِنْ الْمُحَالِ عَلَيْهِ وَأمر الْمُحَالِ عَلَيْهِ بِتَسْلِيمِ مَا عِنْدَهُ مِنْ الْعَيْنِ أو الدَّيْنِ إلَى الْمُحْتَالِ فَكَذَا عِنْدَ الِاجْتِمَاعِ"[1]، أي فحيث كانت هذه العقود كلها جائزة عند الانفراد، فإنها تكون كذلك عند الاجتماع، إذ لا فرق.

حيث لفت عناية مؤسسي الفقه وأهل الاجتهاد إلى ضرورة التمييز بين الحيل، فمنها ما يدخل في الورع، والبعض الآخر يدخل في معنى الوسوسة المذمومة، وبعضها يدخل مواقع الغلو والتعمق في حمل الأمة فيما لا يسن لها من ذلك، فالأصح أن الحيل المستخرجة في الأحكام التي تقدمتْ، لا تهدم أصلا شرعياً ولا تُناقض مصلحة شهد الشرع باعتبارها فغير داخلة في النهي[2].

قال الإمام الكاساني: "مَا إذَا بَاعَ رَجُلٌ شَيْئًا نَقْدًا أو نَسِيئَةً، وَقَبَضَهُ الْمُشْتَرِي وَلَمْ يَنْقُدْ ثَمَنَهُ - أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِبَائِعِهِ أَنْ يَشْتَرِيَهُ مِنْ مُشْتَرِيهِ بِأَقَلَّ مِنْ ثَمَنِهِ الَّذِي بَاعَهُ مِنْهُ عِنْدَنَا... وَلَوْ خَرَجَ الْمَبِيعُ مِنْ مِلْكِ الْمُشْتَرِي فَاشْتَرَاهُ الْبَائِعُ مِنْ الْمَالِكِ الثَّانِي بِأَقَلَّ مِمَّا بَاعَهُ قَبْلَ نَقْدِ الثَّمَنِ - جَازَ؛ لِأَنَّ

---

[1]) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ١٧٤/٤.
[2]) المبسوط للسرخسي، ٢٠٩/٣٠.

اختلاف الْمِلْكِ بِمَنْزِلَةِ اختلاف الْعَيْنِ فَيَمْنَعُ تَحَقُّقَ الرِّبَا"[1]، ولا يخفي أن جواز هذه الصورة مبنية على تحقق القيود الشرعية لانتفاء الذريعة إلى الربا في ذلك.

وأما الآخر: يتبيّن أن الحنفية لا يرون الحِيل المذمومة، وما نقل عنهم من جواز الحِيل، إنما ينصرف إلى الحيل المباحة التي يحتال بها للتوصل إلى الحق، فلا يجوز أن ينسب الحيل المحرّمة إلى امام من الأئمة، وكون مقصود التورق المصرفي هو الحصول على النقد الحال في مقابل دفع أكثر منه في الأجل، واتخذت سلسلة من البيوع بخطة محكمة، التي فيها عود السلعة إلى بائعها الأول، سواء أكان عودها مباشرة أم بواسطة طرف ثالث، والزبون لا يريد أن يتحمل تكاليف قبض السلعة ونقلها، فالمصرف هو مصدر السُيُولة في العملية، وبدون السيولة لا فائدة من العملية من أساسها، وهذا هو نفس الدور الذي يقوم به المشتري في بيع العينة، فمن حيث الواقع لا فرق بين كون المصرف وكيلاً، وكونه مشترياً، لأن التمويل متحقّق على كل تقدير، لأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني، فإنها أغلبية في المذهب الحنفي[2]، ومما سبق يتضح أن التورق المصرفي المنظم يكون ممنوعاً عند الحنفية، بناء على رأيهم في الحيل المحظورة وبيع العينة المحرمتان، بسبب أن الزبون لم يذهب إلى المصرف إلا رغبة منه في الحصول على نقود، ويمكن القول أن حقيقة التورق المصرفي عينة محرمة، وبهذا يتضح البيان[3].

ثانياً: موقف المالكية:

يتضح مذهب المالكية في مسألة التورق المصرفي المنظم من خلال الأمور الأتية:

١. يعتبر التواطؤ المسبق بين المصرف والعميل على إبرام اتفاق التورّق المصرفي بعقودها ووعودها مُلزماً شرعاً، لأن الاتفاق يعتبر بمثابة الشرط المتقدم على العقد في القوة الملزمة والأحكام المترتبة، لجريان العرف التجاري والمصرفي على كون المواطأة المتقدمة على المنظومات العقدية المستحدثة واجبة المراعاة، نظراً لارتكازها على نظام مترابط الأجزاء[4].

٢. وجوب التفرقة بين الحيل الباطلة المذمومة التي تقوم على التوصل بالمقصود والتصرفات المشروعة للتوصل إلى مقصود محرّم خبيث، وذلك بأن يُظهر المرء تصرفاً مباحاً يريد به محرّماً، وأما السعي بغية الخروج من الضيق والحرج والوقوع في المأثم، والوصول إلى فعل أحلَّه الله عبر المخارج الشرعية المحمودة فلا بأس به، وقد نبه إلى ذلك الطاهر ابن عاشور بقوله: "التحيل يفيد إبراز عمل ممنوع شرعاً في صورة عمل جائز، أو إبراز عمل غير معتدٍ شرعاً في صورة عمل معتدٍ به لقصد تفصيليٍ من مؤاخذته، فالتحيل شرعا: هو ما كان المنع فيه شرعياً والمانع الشارع، فأما

---

[1]) ينظر: بدائع الصنائع، ١٩٨/٥- ١٩٩.

[2]) ينظر: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ١٣٢/٢، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، د. محمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر – دمشق، الطبعة: الأولى، ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م، ٣٣/١.

[3]) ينظر: التورق المصرفي: رياض بن راشد آل رشود، ص ١٨٣.

[4]) ينظر: الموافقات، ٢٨٦/٢.

السعي إلى عمل مأذونٍ بصورة غير صورته أو بإيجاد وسائله فليس تحيلاً ولكنه يسمّى تدبيراً أو حرصاً أو ورعاً"[1].

٣. علماً أن المالكية يمنعون بيوع الآجال، وبعضاً من صورها التورّق، لوجود القرائن التي تدل على فساد العملية، فإن التورق المصرفي يكون ممنوعاً عند المالكية بناءً على رأيهم في التورّق الفردي، لأن قرينة التورق المنظم تدل على أن المقصد من العملية هو تحليل الربا، يقول الإمام ابن رشد الجد: "ومن ذلك أن يبيع الرجل من أهل العينة طعاما أو غيره بثمن إلى أجل ثم يستوضعه المبتاع من الثمن فيضع عنه، فإن مالكا وغيره من أهل العلم كرهوا ذلك، لأنه إنما يبيعه على المراوضة، فإنما يضع عنه ويرده إلى ما كان راوضه عليه، فصار البيع الذي عقداه تحليلا للربا الذي قصداه"[2].

٤. الأخذ في الاعتبار أي علاقة إضافية بين المتورق والبائع، مثل رجوع المشتري للبائع ليضعَ عنه، أنه يدفع له بعض الثمن نقداً وبعضه نسيئةً، من أجل تيسير المعاملة، ومثل هذه العوامل، تؤثر في الحكم قطعاً عند المالكية لاشتباهه بالربا، وذلك لأن هذا العمل يتضمن علاقة إضافية بين البائع والمتورق لا توجد في التورق الفقهي، ولأنها تتم مع جهات متخصصة ومتفرعة للتمويل، ويتم التفاهم بين الأطراف مسبقاً لقصد التمويل، وهذه تدل صراحة على تواطؤ الأطراف بغرض مبادلة دراهم حاضرة بمؤجلة، وهي العوامل نفسها التي لأجلها منعوا التعامل مع عقد العينة، فإذا وجدت القرائن التي تدل على تواطؤ الأطراف المعنية من أجل تأمين النقد الحاضر بالمؤجل، فهم يمنعون منها جزماً، وقد صرح إلى ذلك الإمام الشاطبي بقوله: "فَالْحِيَلُ الَّتِي تَقَدَّمَ إِبْطَالُهَا وَذَمُّهَا وَالنَّهْيُ عَنْهَا مَا هَدَمَ أصلا شَرْعِيًّا وَنَاقَضَ مَصْلَحَةً شَرْعِيَّةً"[3].

٥. المالكية يرون حرمة التورق المصرفي المنظم بناءً على قاعدة "المدخلات والمخرجات"، ومعنى هذه القاعدة أن تقويم التعامل بين طرفي الصفقة يتمُّ من خلال النظر في مدخلاتها ومخرجاتها ككل، دون النظر إلى تفاصيل ما يدور بين طرفيها، فحقيقتها عدم اعتبار ما كان لغواً من تصرفات العاقدين، بل الاعتبار مرتبط بالمحصلة النهائية، فإن كانت المحصلة النهائية نقداً حاضراً بزيادة في الذمة فهي ربا، ولا عبرة بما توسط ذلك من عقود[4].

وإذا طبقنا هذه القاعدة على عملية التورق المصرفي وجدها تطابقه مطابقة تامه، فنجد أن السلعة قد خرجت من ملك المصرف لتدخل في ملك الزبون المستورق، ثم تخرج من ملكه إلى ملك طرف آخر، وبذلك نعرف أن السلعة ليست إلا مجرد لغو، بدليل أن المستورق لا يعرف ماهية السلعة، فهي لغوٌ لا عبرة بها، وبذلك تكون محصلة التعامل بين المصرف والزبون نقداً حاضراً بيد المستورق، مقابل ثمن أكثر منه في ذمته[5].

---

[1]) ينظر: مقاصد الشريعة الإسلامية، ابن عاشور، ص ١٢١.
[2]) ينظر: المقدمات الممهدات، ٤٣/٢.
[3]) الموافقات، ١٢٤/٣.
[4]) ينظر: التورق المصرفي: رياض بن راشد آل رشود، ص ١٨٧.
[5]) ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٢٣٣/٣، شرح مختصر خليل للخرشي، ٦٨/٦.

ثالثاً: موقف الشافعية:

يتضح مذهب الشافعية في مسألة التورق المصرفي المنظم كما يأتي:

أن الشافعية يرون جواز بيع التورق الفردي، كما صرح بذلك الإمام الأزهري، "هو أن يشتري الرجل سلعةً بثمن إلى أجل ثم يبيعها من غير بائعها بالنقد"[1]،بناء على موقفهم من العقود عامة، حيث أنهم يرون أن العبرة في العقود بالظاهر، ولا تأثير لنية المتعاقدين على العقد، لآن الشافعية يفرقون بين صحة العقد وبين نية العاقد، ويؤكد ذلك ويوضحه قول الإمام الشافعي بقوله: "أصل مَا أَذْهَبُ إليه أَنَّ كُلَّ عَقْدٍ كَانَ صَحِيحًا فِي الظَّاهِرِ لَمْ أُبْطِلْهُ بِتُهْمَةٍ وَلَا بِعَادَةٍ بَيْنَ الْمُتَبَايِعَيْنِ وَأَجَزْته بِصِحَّةِ الظَّاهِرِ... فَإِذَا اشْتَرَى الرَّجُلُ مِنْ الرَّجُلِ السِّلْعَةَ فَقَبَضَهَا وَكَانَ الثَّمَنُ إلى أَجَلٍ فَلَا بَأْسَ أَنْ يَبْتَاعَهَا مِنْ الَّذِي اشْتَرَاهَا مِنْهُ وَمِنْ غَيْرِهِ بِنَقْدٍ أَقَلَّ أو أكثر مِمَّا اشْتَرَاهَا بِهِ أو بِدَيْنٍ كَذَلِكَ أو عَرَضٍ مِنْ الْعُرُوضِ سَاوى الْعَرَضَ مَا شَاءَ أَنْ يُسَاوِيَ، وَلَيْسَتْ الْبَيْعَةُ الثَّانِيَةُ مِنْ الْبَيْعَةِ الْأولَى بِسَبِيلٍ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ كَانَ لِلْمُشْتَرِي الْبَيْعَةُ الْأولَى إنْ كَانَتْ أَمَةً أَنْ يُصِيبَهَا أو يَهَبَهَا أو يُعْتِقَهَا أو يَبِيعَهَا مِمَّنْ شَاءَ غَيْرَ بَيْعِهِ بِأَقَلَّ أو أكثر مِمَّا اشْتَرَاهَا بِهِ نَسِيئَةً؟ فَإِذَا كَانَ هَكَذَا فَمَنْ حَرَّمَهَا عَلَى الَّذِي اشْتَرَاهَا؟ وَكَيْفَ يَتَوَهَّمُ أحد؟ وَهَذَا إنَّمَا تَمَلَّكَهَا مِلْكًا جَدِيدًا بِثَمَنٍ لَهَا لَا بِالدَّنَانِيرِ الْمُتَأَخِّرَةِ؟ أَنَّ هَذَا كَانَ ثَمَنًا لِلدَّنَانِيرِ الْمُتَأَخِّرَةِ وَكَيْفَ إنْ جَازَ هَذَا عَلَى الَّذِي بَاعَهَا لَا يَجُوزُ عَلَى أحد لَوْ اشْتَرَاهَا؟"[2].

أن الشافعية حينما أجازوا بيع العينة والتورق أجازوهما وفق شروط وقيود، ولا يعني هذا جواز إضمار نية المحرم، فلا يستلزم بجواز التورق المصرفي، فإن الأمر ليس كذلك، لأن الإمام الشافعي يشترط ألا يكون هناك ارتباطٌ بين البيعتين، البيعة التي بالأجل والبيعة التي بالنقد، وألا تظهر نية الحصول على النقد، وكلا الشرطين غير متحقق في التورق المصرفي، فالارتباط بين البيعتين منصوص عليه في العقد، فالمصرف هو الذي يبيع السلعة نسيئة بأكثر من ثمنها نقداً، ثم يؤكل المستورق المصرف في بيعها نقداً بأقل مما اشتراها منه، ويلتزم المصرف بهذا[3].

ويؤكد ذلك قول أمام المذهب في معرض كلامه عن العينة وضوابطها: "وَلَيْسَتْ الْبَيْعَةُ الثَّانِيَةُ مِنْ الْبَيْعَةِ الْأولَى بِسَبِيلٍ"[4]، فإذا ظهر ارتباط بين البيعتين، فلا تصح العينة عنده، لأنها ستكون حينئذٍ تحايل لاستحلال الربا، كما أنهم ينصون على القبض في تعريفهم لبيع العينة، لكي يثبتوا أن البيعة الثانية ليست من البيعة الأولى بسبيل، وعلى ذلك يكون عقد التورق المصرفي المنظم بصورته المعروفة اليوم محرما لأنه يؤازر تحقق الربا، وباطلاً لعدم تحقق القبض[5].

وأن لا يكون العقد الثاني مشروطاً في العقد الأول، إما بالنّص عليه أو بدلالة العرف والعادة، فإذا كان العقد الثاني سواء كان في عقد العينة أو التورق المصرفي المنظم مشروطاً في

---

[1]) الزاهر، محمد بن أحمد بن الأزهري، طبعة/ وزارة الاوقاف بالكويت، ١٣٩٩ه، ص ٢١٦.

[2]) الام، ٧٥/٣ و ٧٩.

[3]) ينظر: حكم التورق كما تجريه المصارف الإسلامية في الوقت الحاضر، د. الصديق محمد الأمين الضرير، بحث مقدم للدورة السابعة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي المنعقدة في مكة المكرمة، سنة ١٤٢٤ه، ص ٢١.

[4]) الام، ٧٩/٣.

[5]) ينظر: الاقناع، الشربيني، ٩/٢.

العقد الأول، فإنّ العقدين باطلان جميعاً، سواء كان وجود الشرط بالنص عليه أثناء العقد أو بوجود الدلائل المتعارف عليها بالمؤسسات المالية المعاصرة[١].

فمن يرى وسائل الإعلام يجد أن برامج التورّق المصرفي تُصرِّح بحصول الزبون على النقد بنية ظاهرة كل الظهور، وإذا كانت نية الحصول على النقود ظاهرة، فإن الشافعية يحرمونها، لأن ظهور نية الحصول على النقود يدلُّ على أن بيع العينة إنما يمثل عُقد ليتحايل به البائع والمشتري على الربا، ونية الحصول على النقود في التورق المصرفي المنظم أمر مصرّح به، فيكون محرَّماً عند الشافعية، نظراً لارتباط العقد الثاني في العقد الأول المشروط في التورق المصرفي، وهذا الأمر يسري في جميع عمليات البيع والشراء التي تجريها المصارف على وفق عملية عقد التورق، وتحسن ذلك للمستورق دلالة العرف، فالعرف عند المصارف أنها تقوم ببيع السلعة عن المتورق بالنيابة، وهذا العرف هو بمثابة الاشتراط، فكأن العقد الثاني في عملية التورق المصرفي مشروطٌ في العقد الأول بدلالة العرف، وإذا كان الأمر كذلك فالتورق المصرفي يكون محرماً[٢]، لأن العقد الثاني مشروط بدلالة العرف في العقد الأول، وفقاً لقاعدة "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً"[٣].

فلا يصح أن نحكم بجواز عقد التورق المصرفي المنظم المعاصرة بناءً على تجويز الأئمة الشافعية لبيع العينة، فهم إنما أجازوه بضوابط تدل على عدم التلاعب والتحايل، وإذا فقدتْ تلك الضوابط كما في التورق المصرفي، فإنه حينئذٍ نحكم بالتحريم[٤].

رابعاً: موقف الحنابلة:

يتضح موقف مذهب الحنابلة في مسألة التورق المصرفي المنظم بالأمور الآتية:

١) لقد نص مذهب الإمام أحمد على جواز التورق الفقهي، وهو القول المعتمد في المذهب، وعلى ذلك صرح الإمام المرداوي بقوله: "لَوْ احْتَاجَ إلى نَقْدٍ، فَاشْتَرَى مَا يُسَاوِي مِائَةً بِمِائَةٍ وَخَمْسِينَ. فَلَا بَأْسَ. نُصَّ عَلَيْهِ. وَهُوَ الْمَذْهَبُ. وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ. وَهِيَ مَسْأَلَةُ التَّوَرُّقِ"[٥]، بشرط انتفاء المانع وهو منع الحيل، ومن المعلوم بيانه، أن منع الحِيل أصل من أصول مذهب الإمام أحمد، يقول الإمام ابن قدامه: "إذْ قَدْ ثَبَتَ مِنْ مَذْهَبِ أَحْمَدَ أَنَّ الْحِيَلَ كُلَّهَا بَاطِلَةٌ"[٦]، ومعاملة التورق المصرفي حيلةٌ بلا ريب، بعد الاطلاع على آليات آليات ووسائل بيع التورق المصرفي، بما فيه من تحايل يشعر المقابل أن المعاملات التي في المصارف التقليدية تعتليها الشبهات ويكتنفها الغموض، وإذا عرفنا ما تقدم ينتج لنا أن التورق المصرفي يكون محرماً عند الحنابلة، لأن شراء السلعة بالنسيئة عملٌ غير مشروع

---

[١]) ينظر: فتح العزيز بشرح الوجيز، الرافعي، ٢٣٢/٨.
[٢]) ينظر: فتاوى ابن الصلاح، عثمان بن عبد الرحمن، المعروف بابن الصلاح (المتوفى: ٦٤٣هـ)، المحقق: د. موفق عبد الله عبد القادر، مكتبة العلوم والحكم ، عالم الكتب – بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٧، ص ٢٩٧.
[٣]) ينظر: شرح القواعد الفقهية، أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، ص ٢٣٧.
[٤]) ينظر: المجموع شرح المهذب، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، دار الفكر، ١٥٥/١٠.
[٥]) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٣٣٧/٤.
[٦]) المغني، ٦٦/٤.

أصلاً، لأن قصد الزبون من المعاملة النقود معجلة بمبلغ أكثر منها إلى اجل، وذلك محظور شرعاً[١].

٢) إن لم يكن قصد المشتري بشراء السلعة الانتفاع بها كالركوب والسكنى، أو لم يقصد التجارة بها التي أباحها الله تعالى، بل مقصودُه النقود، فيشترون السلع نسيئة لكي يبيعونها نقداً بأقل، فتكون حينئذ قرينة جليلة على تواطؤ البائع والمشتري على النقد بالنقد، بذلك نص الإمام ابن عقيل بقوله: "إنَّمَا كَرِهَ النَّسِيئَةَ لِمُضَارَعَتِهَا الرِّبَا، فَإِنَّ الْغَالِبَ أَنَّ الْبَائِعَ بِنَسِيئَةٍ يَقْصِدُ الزِّيَادَةَ بِالأجلِ"[٢].

فلما كانت عمليات التورق المصرفي مرتبة ومنظمة، علمنا أن ذلك الترتيب والتنظيم أنما هو قرينة جلية على تواطؤ العميل المتورِّق والمصرف على النقد بالنقد، وبناء على كلام الإمام ابن عقيل يعد التورق المصرفي محرماً، لأن المصرف لا يبيع إلا نسيئة، فيشتري المستورق من المصرف نسيئة ليقوم بتوكيله في بيعها، وفق إجراءات وشروط مرتبة ومنظمة، ومن تلك الإجراءات أن المصرف لا يبيع السلع على عملائه إلا نسيئة[٣].

٣) أن الحنابلة يُحرمون بيع العينة، لأن المعنى الذي لأجله حُرّم الربا موجودٌ في العينة، وبناء على قولهم بذلك يكون التورق المصرفي محرماً، لأن التورق المصرفي هو عينةٌ في حقيقته إلا أن أبعاده ثلاثية، فذلك حيلة لاستحلال الربا، يقول الإمام ابن قدامه: "وَالْحِيَلُ كُلُّهَا مُحَرَّمَةٌ، غَيْرُ جَائِزَةٍ فِي شَيْءٍ مِنْ الدِّينِ"[٤].

٤) إذ عملية التورق المصرفي كثير الأطراف والعقود والاتفاقيات، ولا قبض للسلعة فيها، فتكون أشدَّ تعقيداً من التورق الفردي، قال ابن القيم: "وَهَذَا الْمُضْطَرُّ إنْ أَعَادَ السِّلْعَةَ إلى بَائِعِهَا فَهِيَ الْعِينَةُ، وَإِنْ بَاعَهَا لِغَيْرِهِ فَهُوَ التَّوَرُّقُ، وَإِنْ رَجَعَتْ إلى ثَالِثٍ يَدْخُلُ بَيْنَهُمَا فَهُوَ مُحَلِّلُ الرِّبَا، وَالأقسام الثَّلَاثَةُ يَعْتَمِدُهَا الْمُرَابُونَ، وَأَخَفُّهَا التَّوَرُّقُ"[٥]، يستند هذا الرأي إلى ترجيح حرمة التورق، حيث ثمة وجود محذور بالتعامل بها، لان مقصود العقد الحصول على نقد معجلة في مقابل دراهم أكثر منها إلى اجل، فتحقق معنى الاقتراض بالربا، ويؤكد ذلك ابن تيمية فقال: "أَن يَشْتَرِي السّلْعَة شِرَاء ثَابتا ثمَّ يَبِيعهَا للمستدين ثَانِيًا فيبيعها أحدهمَا فَهَذِهِ تسمى التورق لِأَن غَرَض الْمُشْتَرِي هُوَ الْوَرق فَيَأْخُذ مائَة وَيبقى عَلَيْهِ مائَة وَعِشْرُونَ مثلا فقد نَازع فِي ذَلِك السّلف والأقوى أنه ينْهَى عَنهُ"[٦].

[١]) مجموع الفتاوى، لابن تيمية، ٥٠٠/٢٩.
[٢]) المغني، ١٣٣/٤.
[٣]) ينظر: التورق المصرفي: رياض بن راشد آل رشود، ص ١٩٣.
[٤]) المغني، ٤٣/٤.
[٥]) إعلام الموقعين، ١٣٥/٣.
[٦]) مختصر الفتاوى المصرية، ص ٣٢٥.

الفرع الخامس: حكم التورق المصرفي المنظم عند العلماء المعاصرين

ذهب العلماء المعاصرون بعد دراسات فقهية قامت بها المجامع الفقهية والهيئات الشرعية لدراسة واقع هذا البيع، وبعد الاستماع إلى الأبحاث المقدمة حول الموضوع، والمناقشات التي دارت حوله، تبين أن عمليات التمويل التي تجريها المصارف في الوقت الحاضر مع عملائهم اليوم هي من قبيل التورق، ولذلك رأيتُ من المناسب أن أعرض بعضَ آراء العلماء المعاصرين، والأساتذة المختصين بعلم الاقتصاد، لتكون الصورة أوضح، والموضوع محل اجتهاد، فذهب أكثر العلماء المعاصرين إلى حرمة التورق المصرفي المنظم، وذهب البعض إلى جوازه.

وعلى كلٍ ينبغي عدم الاستعجال في اصدار الحكم بالحرمة أو بالحل، من غير تفصيل لأنواعها وتخريجها وفق الضوابط الشرعية، فقد أوصى البعض بعدم الاستعجال، والنظر في المسألة بشكل أدق، وأما آراء الطرفين فهي على النحو الآتي:

الفريق الأول – المانعون للتعامل في التورق المصرفي المنظم:

ذهب عدد من العلماء المعاصرين إلى القول بعدم جواز هذا البيع والقول بحرمته، منهم أعضاء المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي الخاص ببيع التورق[١]، د. سامي السويلم، د. علـي السالـوس، د. وهبه الزحيلي، د. عبد الله السعيدي، والمختصون الاقتصاديون هم: د. شوقي دنيا، د. محمد عبد الحليم، د. يوسف إبراهيم، د. عبد الرحمن يسري، د. أحمد علي عبد الله[٢].

❖ **عرض آراء المانعين:**

١. سداً للذريعة بكونه يؤدي إلى الربا قياساً على العينة، لإن التزام البائع في عقد التورق بالوكالة في بيع السلعة لمشتر آخر أو ترتيب من يشتريها يجعلها شبيهة بالعينة الممنوعة شرعاً، سواء أكان الالتزام مشروطاً صراحةً أم بحكم العرف والعادة المتبعة.
٢. أن البائع في التورق يقول للمشتري: هذه السلعة بكذا نقداً، ثم يبيعه إياها بأكثر من ذلك نسيئةً، وذلك منهي عنه لقول الصحابي ابن عباس: "إِذَا اسْتَقَمْتَ بِنَقْدٍ، وَبِعْتَ بِنَقْدٍ، فَلَا بَأْسَ بِهِ، وَإِذَا اسْتَقَمْتَ بِنَقْدٍ فَبِعْتَ بِنَسِيئَةٍ، فَلَا، إِنَّمَا ذَلِكَ وَرِقٌ بِوَرِقٍ"[٣].
٣. إن واقع هذه المعاملة يقوم على منح تمويل بزيادة لما سمّي المستورق في معاملات البيع والشراء التي تجري منه والتي هي صورية في معظم أحوالها، فالمصرف وظيفته توفير السيولة للمدين مقابل دين بزيادة في ذمته، فمن الناحية الوظيفية لا فرق بين المصرف الربوي وبين المصرف الذي يقدِّم التورق المنظم[٤].
٤. التورق المصرفي المنظم فيه مخالفة وتجاوز، لما فيه من متاجرة بالدين والاستهلاك، وتسويق وترويج لهما، وإغراء بهما من خلال الدعاية، ولما فيه من تهجير المال لتستفيد منه السوق الدولية، وتحرم منه السوق الداخلية[٥].

---

[١]) ينظر: قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، القرارات من الأول إلى الثاني بعد المائة، (١٣٩٨-١٤٢٤هـ)، ص ٣٢٠- ٣٢١.
[٢]) ينظر: التورق المصرفي: رياض بن راشد آل رشود، ص ١٩٥- ١٩٦.
[٣]) مصنف عبد الرزاق، رقم الحديث ١٥٠٢٨، ٢٣٦/٨.
[٤]) ينظر: التورّق والتورق المنظم، سامي السويلم، ص ٦٥.
[٥]) ينظر: التورّق كما تجريه المصارف في الوقت الحاضر، عبدالله السعيدي، ص ٤٥.

٥. عقد التورق المنظم يتم عبر عقود لا هدف ولا غاية للمتورقين فيها، بل إنها الرابطة تجمع عقوداً في عقد واحد، وإن لم يُصرح بذلك، لكنه معلومٌ بالقطع من القرائن والأحوال، وطبيعة المعاملة، والغاية منها الحصول على النقد الحال في مقابل دفع أكثر منه مقابل الأجل فهي حيلة محرمة المقصود منها هو تحليل حرام[١].
٦. التورق المصرفي المنظم تتمُّ وفق تعقيدات أدخلتْ على معاملة ربوية بُذلتْ مجهودات لإخفائها، والله لا تخفي عليه خافية، ويوضح ذلك أن هذه المعاملة تؤدي في كثير من الحالات إلى الإخلال بشروط القبض الشرعي اللازم لصحة العقد[٢].

❖ **أسباب القول بعدم جواز بيع التورق المصرفي التطبيقي:**

أولاً: قصد الربا: لأنه في معنى الاقتراض بالربا، إذ الأصل الشرعي أن شراء الأعيان بالنسيئة إنما يجوز شرعاً إذا كان قصدُ المشتري الاتجار بها، أو الانتفاع بها، لا بيعها نقداً من أجل الحصول على نقدٍ معجلٍ أقل مما اشترى به، فذلك أصل الربا، فإن استخدام صيغة التورق المنظم في السوق العالمية بغطاء المرابحة إنما هو حيلة لأخذ الربا، بدليل ان الزبون لم يقبض سلعةً وانما قبض نقوداً.

فحقيقة العين التي تذكر في العقد فما هي إلا صورة، بدليل أن الزبون المستورق لا يعلم بتفاصيل السلعة كجهة صنعها أو كفاءتها، والسبب في ذلك أنها غير مقصودةٍ عنده أصلاً، وحقيقة العملية تُختصر على توقيع أوراق ليس إلا، وإباحة ذلك لا ينسجم مع الحيل التي تتوافق مع القاعدة الشرعية التي تقضي بسدها وعدم الذرائع بها.

الطريق المؤدي إلى المفسدة بكل وسيلة ممكنة وصاحبها هو الذي يقوم بفتحها واستخدام صيغة التورق المصرفي في التعامل مع المصارف أدى إلى الوقوع في الحرام بطريق الالتفاف والتحايل على الشرع الحنيف، يقول ابن القيم: "وَمَنْ تَأَمَّلَ أَحَادِيثَ اللَّعْنِ وَجَدَ عَامَّتَهَا لِمَنْ اسْتَحَلَّ مَحَارِمَ اللَّهِ، وَأَسْقَطَ فَرَائِضَهُ بِالْحِيَلِ... وَآكِلُ الرِّبَا يَسْتَحِلُّهُ بِالتَّدْلِيسِ وَالْمُخَادَعَةِ فَيَظْهَرُ مِنْ عَقْدِ التَّبَايُعِ مَا لَيْسَ لَهُ حَقِيقَةٌ، فَهَذَا يَسْتَحِلُّ الرِّبَا بِالْبَيْعِ، وَذَاكَ يَسْتَحِلُّ الزِّنَا بِاسْمِ النِّكَاحِ، فَهَذَا يُفْسِدُ الْأَمْوَالَ، وَذَاكَ يُفْسِدُ الْأَنْسَابَ"[٣]، وهذه الحيل تؤيد سد الذرائع.

ثانياً: التوكيل في التورق المصرفي المنظم ينافي مقتضى عقد الوكالة: أن المصرف سيبيع السلعة بثمن أقل بالضرورة من الثمن الذي اشترى به الزبون السلعة منه، فلا ريب أن البيع بثمن أقل من ثمن الشراء يمثل خسارة وليس ربحاً، أي ان المصرف ينوب عن الزبون في البيع بخسارة بعد أن يكون المصرف قد باعه بربح، فهل هذه الوكالة لمصلحة الوكيل؟.

والعقد إذا كان له مقصود يراد في جميع صوره، وشرط فيه ما ينافي ذلك المقصود فقد جمع بين المتناقضين، بين إثبات المقصود ونفيه، فلا يحصل شيءٍ، ومثل هذا الشرط باطل، لأن

---

[١]) ينظر: العينة والتورق، والتورق المصرفي، د. علي السالوس، بحث مقدم للدورة السابعة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي المنعقدة في مكة المكرمة، سنة ١٤٢٤ه، ص ٦٤.
[٢]) ينظر: المصرفية الإسلامية، قواعد وأسس، إعداد د. إبراهيم العبيدي، ص ٥١.
[٣]) إعلام الموقعين عن رب العالمين، ١٢٦/٣.

انضمام الوكالة إلى التورق شرط وإن لم يصرح به، فإنه لولا هذه الوكالة لما قبل المستورق بالشراء ابتداء[1].

وربما ردَّ على هذا القول بأن الزبون مخير بين التوكيل وعدمه، فالواقع تنقض هذه المقولة، لأنه البيع لا يتم إلا إذا عرض السلعة بثمن أقل من السعر الحقيقي المعروضة فيه، إذ غاية الزبون هو الحصول على النقد في أقرب وقت ممكن، وهذا يستوجب على المصرف سرعة القيام بالبيع، ولا يستطيع ذلك الا بنقصان الثمن، فنقصان ثمن السلعة متحقق سواء نص العقد على ذلك أم لم ينص.

ومن جهة أخرى أن السلع التي يتم بيعها في عقد التورق المصرفي المنظم غير موجودة في المصرف، وشهادة التخزين لا تمثل حيازة للسلعة ولا تملكاً، والتعامل يتم في سوق السلع العالمية للبورصات، فلا يتوفر فيها شرط القبض والتملك، ويتم بعدها تدوير وتداول هذه العقود بسعر متفق عليه مسبقاً مع المنتج من خلال السمسرة، وهذا الاسلوب هو نوع من التهرب والتضليل ومحاولة إضفاء نوع من صحة العقد، بسبب أن هذا التداول يتم على أوراق، وليس حيازة وتملكاً للسلعة، وهذا ما يؤكده الواقع بأنه لا يوجد مجال للتعامل على السلعة نفسها[2].

ثالثاً: يقوم المصرف في الغالب ببيع السلعة قبل أن يقبضها: المصرف لا يقبض السلعة قبضاً حقيقياً كما قلنا إنما هي عبارة عن قبض صوري، ومن باب أولى المستورق لا يقبض السلعة قبضاً حقيقياً ولا حكمياً، ومن ثم فهو بيع ما لم يملك، لقول النبي صلى الله عليه وسلم: ((لا تبع ما ليس عندك))[3]، لأن ما يبيعه المصرف للزبون هو جزءاً مما اشتراه ولم يقبضه، ومعلوم أن تملك العين من الشروط المعتبرة في البيع، فمتى ما قبض المستورق سلعة من المصدر واستوفاها فقد صح العقد، أما التصرف في البيع قبل القبض فإنه لا يجوز[4].

الفريق الثاني – المجيزون للتعامل في التورق المصرفي المنظم:

ذهب عدد من العلماء المعاصرين إلى القول بجواز هذا البيع والقول بحله، منهم القاضي عبد الله المنيع، د. نزيه حماد، د. موسى آدم عيسى، د. محمد تقي العثماني[5].

❖ **عرض آراء المجيزين:**

١. يقول القاضي عبد الله المنيع: "الواقع أنه ليس هناك اختلاف بين التورق القديم والحديث، بل إن التورق هو التورق قديماً وحديثاً، وليسا قسمين، ولا نوعين، وإنما التورق لدى المصارف الإسلامية هو التورق المعروف لدى الفقهاء ممن ذكروه في كتبهم، وذكروا جوازه، بشرط ألا تعود السلعة إلى بائعها الأول عن طريق شرائه إياها، فتصير بذلك

---

[1]) ينظر: القواعد النورانية الفقهية، لابن تيمية، ص ٢٨٠.

[2]) ينظر: المصرفية الإسلامية، قواعد وأسس، إعداد د. إبراهيم العبيدي، ص ٥٣.

[3]) أخرجه الترمذي، ابواب البيوع – باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك - رقم الحديث – ١٢٣٢. حديث صحيح لغيره بتحقيق شعيب الأرنؤوط وآخرون ينظر: مسند الإمام أحمد بن حنبل، ٢٦/٢٤.

[4]) ينظر: مجلة الاقتصاد الإسلامي، العدد (٢٧٤) محرم، ١٤٢٥ه، ص ٥٤- ٥٦.

[5]) ينظر: التورق المصرفي: رياض بن راشد آل رشود، ص ١٩٨- ١٩٩.

العينة المحرمة[1]"، فهو يجيز جميع أنواع التورق المصرفي، بل إنه أجاز التورق الذي يمكِّن العملاء من سداد مديونياتهم لدى المصارف التقليدية، والتعامل مع المصارف الإسلامية.

٢. أن المصرف يبيع السلعة للمستورق ليس بآخذ زيادة على رأس المال في قرض ربوي أو حيلة إليه، وليس بظالم له كالمرابي، وإنما هو بائع سلعتَه منه بثمن مؤجل عادل زائد على الحال، وذلك جائز شرعاً، حتى ولو كان المشتري مضطراً إليها، ثم إنه لا صلة بين ذلك البيع وبين عقد البيع المستقل الذي ينشئه الزبون مع شخص ثالث بنقدٍ أقل مما اشترى به من المصرف، وذلك اساس التفرقة بين الربا والتورق، قال ابن تيمية: "فَإِذا كَانَ الْمُشْتَرِي مُضْطَرّا لم يجز أَن يُبَاع إِلَّا بِقِيمَة الْمثل مثل أَن يضْطَر الإنسان إِلَى شِرَاء طَعَام لَا يجده إِلَّا عِنْد شخص فَعَلَيهِ أَن يَبِيعهُ إِيَّاه بِقِيمَة الْمثل... وَإِن بَاعه إِيَّاه إِلَى أجل بَاعه بِالْقيمَةِ إِلَى ذَلِك الأجل وَيَأْخُذ قسطا من الثّمن"[2].

٣. الأصل عدم التفريق في الحكم بين من قصدُه من الشراء الانتفاع بالمبيع أو الاتجار به وبين مَن قصدُه بيعهُ والانتفاعُ بثمنه، إذ كل من هذه القصود جائز مشروع، ولا يوجد دليل أو برهان صحيح بالتفرقة بكلِّ هذه القصود، فقياس عقد التورق المصرفي على المقترض بالربا بعلة التزام كل منهما في ذمته بزيادة على ما حصل عليه من نقد معجل قياس مع الفارق[3].

لأن علة المرابي غير مؤثرة لمناقضتها لأصل تشريعي مفادُه أن حصول المرابي وغيره على النقد المعجّل مقابل بدل مؤجل أكثر منه إنما هو محظور شرعاً، أما مسألة التورق المنظم يمكن الحصول عليه عن طريق عقود مشروعة أخرى أو مخارج شرعية ليست من هذا القبيل فهو جائز مُرخَّصٌ فيه، والأصل الشرعي إباحته لانتفاء أي دليل حاظر، واعتباراً للأشباه والنظائر، كعقد السلم، والقرض الحسن[4].

٤. يقول الدكتور موسى آدم عيسى: "صيغة التورق التي تمَّ تطويرها واستخدامها من قبل المصارف، والتي تتضمن توكيل العميل للمصرف في إعادة بيع السلعة المشتراة، وقيد ثمنها في حساب العميل، هذه الصيغةُ تستوفي في نظري الضوابط الشرعية... ولا ينبغي التوسع في التورق في مجال التمويل التجاري حفاظاً على الآثار الإيجابية الناشئة من استخدام صيغ التمويل الإسلامي الأخرى كالمضاربة، والمشاركة"[5].

---

[1]) ينظر: حكم التورق كما تجريه المصارف الإسلامية في الوقت الحاضر، القاضي عبد الله المنيع، بحث مقدم للدورة السابعة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي المنعقدة في مكة المكرمة، سنة ١٤٢٤هـ، ص ٢٤.

[2]) مختصر الفتاوى المصرية، ص ٣٢٧.

[3]) ينظر: أحكام التورق وتطبيقاته المصرفية، د. محمد تقي العثماني، بحث مقدم للدورة السابعة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي المنعقدة في مكة المكرمة، سنة ١٤٢٤هـ، ص ٢٩.

[4]) ينظر: المالية والمصرفية المعاصرة، د. نزيه حمّاد، ص ١٦٦.

[5]) ينظر: تطبيقات التورُّق واستخداماته في العمل المصرفي الإسلامي، موسى آدم عيسى، ص ٢٣.

❖ **أسباب القول بجواز بيع التورق المصرفي التطبيقي:**

١) **التورق المصرفي المنظم كبديل شرعي للقرض الربوي المحظور:** لقد اتجه كثير من المؤسسات المالية المعاصرة إلى التعامل بالتورق المصرفي كبديل عملي مُنسقٍ مبرمج للتورق الفردي، بحيث يقوم على نفس قاعدة التورق الشرعية وآليته، غير أنه يجري وفق منظومة تعاقدية أفضل، وذلك عن طريق شراء المصرف المتخصص للزبون سلعةً من سوق السلع الدولية، ثم بيعها نقداً لطرف ثالثٍ بالنيابة عن الزبون بعد ثبوت ملكيتها له، بغية توفير النقد المطلوب للزبون، ولا تخلو من الاختلاف في صيغ الاتفاقات التي تبرمها المؤسسات المالية للتورق في بعض الجزئيات أو التفصيلات، لكنها في الجملة تتفق على بناء وتركيب المنظومة التعاقدية للعملية على نسق التورق الفردي[١].

٢) **جرى العرف التجاري والمصرفي على اعتبار المواطأة:** ينضوي تحتها مجموعة عقود ووعود مترابطة متوالية، لا تقبل التفكيك والتغيير الهيكلي، يجري التواطؤ المسبق بين المصرف والزبون على إنشائها وإبرامها على نسقَ محدد، متتابع الأجزاء، متعاقب المراحل، يهدف إلى تحقيق غرض تمويلي محدد، اتجهت إرادة الطرفين وقصدهما إليه[٢].

وقد جرى إنشاء هذه المعاملة وفق ذلك، واجبة المراعاة، وملزمةً للطرفين، وذلك لقيام اتفاقيتها وابتنائها على نظام مترابط الأجزاء، صُمِّم ووُضع لأداء وظيفة محددة باجتماع ذلك المزيج من العقود والوعود في صفقة واحدة، وفقاً لشروط تحكمها كمعاملة واحدة لا تقبل الفصل أو التجزئة، وكون هذه المنظومة التعاقدية المستحدثة ليست محل نهي في نص شرعي، وليست حيلةً ربوية ولا ذريعة إلى ربا، كما أنه ليس هناك تناقضٌ أو تضادّ في الموجبات والأحكام بين عقودها ووعودها المتعددة[٣].

الترجيح:

مما سبق يتبين رجحان أدلة الفريق الأول المانعون للتعامل في التورق المصرفي المنظم، ويجدر الإشارة إلى أمر مهم من خلاله يتبين الترجيح، وهو ان الشريعة الإسلامية لا تحجر قيام عقود جديدة في المعاملات بشرط ان تكون حسب ضوابط الشرع، والتورق المصرفي المنظم لا يمكن قبوله، ولا تسويغه، ولا تكييفه بوكالة أو مضاربة.

يجب تجنب التورق المصرفي، لأن فيه تواطؤاً بين الممول والمستورق، صراحةً أو ضمناً أو عرفاً، تحايلاً لتحصيل النقد الحاضر بأكثر منه في الذمة وهذا يُعدّ من بلوى الربا، وتستخدم تلك المعاملات الوهمية للجوء إلى معاملات صورية تؤول إلى كونها تمويلاً محضاً بزيادة ترجع على الممول[٤]، فينبغي للفقيه أن يدرس إجراءات المعاملة، والهدف منها، وتأثيرها على الحركة الاقتصادية، ولابد أن يعرف الأسس الاقتصادية لتلك المعاملة، فلا يمكن إصدار الحكم مع عدم تصور حقيقة التورق المصرفي وخصائصه تصوراً كاملاً للعملية.

---

[١]) ينظر: المالية والمصرفية المعاصرة، د. نزيه حمّاد، ص ١٧٧.

[٢]) ينظر: أحكام التورق وتطبيقاته المصرفية، د. محمد تقي العثماني، ص ٢٩.

[٣]) ينظر: المالية والمصرفية المعاصرة، د. نزيه حمّاد، ص ١٧٨.

[٤]) ينظر: التورق المصرفي: رياض بن راشد آل رشود، ص ٢٠٠.

الفرع الخامس: أثر سد الذرائع في استنباط حكم التورق المصرفي المنظم

هنالك غايات ومقاصد، وهنالك وسائل إلى تحقيق تلك الغايات والمقاصد، وفي كل عقد أو معاملة لابد أن ننظر إلى مقصودها وغايتها، أما أنها وسيلة إلى أمر تحقيقه، وهذا البيع وسيلة لاستباحة الربا، والشريعة جاءت بسد الذرائع لأن الله عز وجل قد حرّم الربا، والتورق المصرفي وسيلة إلى الربا، بل هو أقرب الوسائل إليه، والوسيلة إلى الحرام حرام، لأن المقصود من هذه المعاملة النقود.

نجد التورق المصرفي المنظم مكسب معين بل مجرد وسيلة تبتغى من خلالها الحصول على النقد، فأصبح ما يشبه البيع، لاستعمال المعاملة لتولد للعاقد عملة فتكون السلعة ملغاة، وبالتالي تصبح المعاملة كأنها بيع نقود بنقود مع الزيادة والتأجيل، وهذا هو الربا، وفي هذا يقول ابن القيم: "قد علم الله وَعِبَاده مِنْ الْمُتَبَايِعَيْنِ ذَلِكَ قَصْدهمَا أَنَّهُمَا لَمْ يَعْقِدَا عَلَى السِّلْعَة عَقْدًا يَقْصِدَانِ بِهِ تَمَلُّكهَا وَلَا غَرَض لَهُمَا فِيهَا بِحَالٍ وَإِنَّمَا الْغَرَض وَالْمَقْصُود بِالْقَصْدِ الْأول مِائَة بِمِائَةٍ وَعِشْرِينَ وَإِدْخَال تِلْكَ السِّلْعَة فِي الْوَسَط تَلْبِيس وَعَبَث وَهِيَ بِمَنْزِلَةِ الْحَرْف الَّذِي لَا مَعْنَى لَهُ فِي نَفْسه بَلْ جِيءَ بِهِ لِمَعْنًى فِي غَيْره حَتَّى لَوْ كَانَتْ تِلْكَ السِّلْعَة تساوي أَضْعَاف ذَلِكَ الثَّمَن أو تساوي أَقَلّ جُزْء مِنْ أَجْزَائِهِ لَمْ يُبَالُوا بِجَعْلِهَا مَوْرِدًا لِلْعَقْدِ لأنهمْ لَا غَرَض لَهُمْ فِيهَا وَأهل الْعُرْف لَا يُكَابِرُونَ أَنْفُسهمْ فِي هَذَا"[1].

ومعيار التفرقة بين الحيل المحمودة والحيل المذمومة مبني على النظر إلى مآلات الأفعال، والتعويل على مقاصد التصرفات وأعراض المكلفين منها، فما كان منها مشروع المآل موافقاً لمقاصد الشارع في أحكامه كان حلالاً طيباً، وما كان منها محظور المآل أو مناقضاً لمقاصد الشريعة كان محظوراً خبيثاً، وفي ذلك يقول ابن القيم: "فالحيلة: معتبرة بالأمر المحتال بها عليه إطلاقاً ومنعا ومصلحة ومفسدة وطاعة ومعصية. فإن كان المقصود أمرا حسناً كانت الحيلة حسنة. وإن كان قبيحاً كانت الحيلة قبيحة"[2]، وأن هذه المعاملة تؤول وتفضي إلى فعل محظور أو مخالفة لمقصد من مقاصد الشارع الحكيم فيما أحل وحرّم.

وأنها لا تعدو أن تكون صيغة مطوّرةً محسنةً لمسألة العينة، التي ذهب جماهير الفقهاء إلى عدم جوازها، وقامت الأدلة والبراهين المعتبرة على عدم مشروعيتها، فلا يختلف عقد التورق المصرفي عن عقد العينة في المفهوم والقصد والآلية، فيسري عليها حكمها الشرعي بالحظر والحرمة، لعدم انتفاء الفارق المؤثر.

وأما الشخص الثالث في عقد التورق المصرفي، يُعدُّ توسطه عبثاً، لأن السلعة التي اشتراها الزبون من المصرف لم تخرج من حيز البائع، فلا تجوز عندئذٍ هذه المعاملة، لأنها تكون عينة في الحقيقة، وإن كانت تورقاً صورةً، يقول ابن رشد: "وَأَمَّا مَالِكٌ، فَعُمْدَتُهُ فِي مُرَاعَاةِ مَنْعِ النَّسَاءِ عِنْدَ اتِّفَاقِ الْأَغْرَاضِ سَدُّ الذَّرِيعَةِ، وَذَلِكَ أَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِي ذَلِكَ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِنْ بَابِ سَلَفٍ يَجُرُّ نَفْعًا وَهُوَ يَحْرُمُ"[3].

---

[1]) عون المعبود شرح سنن أبي داود، ٢٤٣/٩.
[2]) ينظر: إغاثة اللهفان، ٣٨٥/١.
[3])بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ١٥٤/٣.

أن التورق يشابه الربا، لأن بعض المعاني التي لأجلها حرّم الله الربا موجودةٌ في التورق، وهذا هو الذي جعل الخليفة العادل عمر بن عبد العَزِيز يقول: "التورق أخبث رَبًّا"[1]، أي اشد الربا، فإن الله سبحانه وتعالى حرّم أخذ دراهم بدراهم أكثر منها، إنما اشترى بالنسيئة لغرض بيعها بثمن أقل مما اشترى به نقداً والانتفاع بثمنها، والأصل حرمة الشراء بهذا القصد، لما في ذلك من ضررٍ، وهذا موجود في التورق المصرفي المنظم فيمنع لئلا يكون ذريعة مفسدة، حيث تُعد مصلحة في حد ذاتها ولكنها تفضي إلى مفسدة بطبعها، بمعنى لا يفارقه كونه ذريعة إلى فساد بحيث يكون مآله إلى الفساد مطرداً، أي بحيث يكون الفسادُ من خاصة ماهيته[2].

فمن كان ينظر إلى الصورة فقط دون النظر إلى الحقيقة فإنه يحكم بالجواز، بسبب اختلاف صورة التورق عن صورة الربا، والنزاع ليس في هذا، وإنما في حقيقة الربا، فإن غالب الاستدلال تتذرع بفعل جائز، إلى عمل غير جائز، فالأصل على المشروعية لكن مآله غير مشروع، هذا من كان ينظر إلى المعنى الذي لأجله حرّم الله الربا، فإنه يحكم بالتحريم، وحقيقة ربا النسيئة موجود في عقد التورق المنظم، والعبرة بالمقاصد والمعاني لا بمجرد الألفاظ والمباني[3].

وربما يقال أن للأجل قيمةً مالية معتبرة عرفاً وشرعاً إذا كان في عقود المعاوضات المالية المحضة، لأنها تجارةً أذن الشارع فيها، وحث عليها، واعتبرها سبباً مشروعاً للاكتساب والاسترباح وطلب الفضل، فقال الله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ ﴾[4]، فقد عملت المصارف من خلال التعاملات المالية المعاصرة على تطوير وسائل واجراءات التورق، لتحقيق مصلحة المستورق والبائع، وتمثل هذا التطور ببيع السلعة من قبل المصرف نيابة عن الزبون بثمن نقد، بحيث لا يتكبد الزبون مصاريف القبض، ويحقق أيضاً مصلحة البائع، لأنه بذلك يكسب شريحة أكبر من الراغبين في التمويل، ويستطيع من ثم تحقيق أرباح أفضل، مع علمنا أن بعض عمليات التورق المصرفي تتمُّ أحياناً بصورة عشوائية، وفق آلياتٍ مرتبة، لتحقيق هدفين هما: السرعة في انجاز العمل، وتخفيض نسبة الخسارة التي يتكبدها الزبون عند إعادة بيع السلعة، التي اشتراها من المصرف[5].

ونستطيع القول أن ما تم استعراضه يمثل الجانب النظري، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه، أن التغيير الحاصل في بيع التورق المصرفي وآليته المتبعة من قبل المؤسسات المالية في الواقع التطبيقي هي نفس معاملة التورق الفقهي في كتب الفقه، بمعنى يعد تغيراً فرعياً بحيث لا يؤثر على أصل المعاملة كما صوَّرها الفقهاء، أم إنه تغيير جوهري يؤدي الدخول فيه المحذور، وتقويل الفقهاء ما لم يقولوا.

ويبدو أن هذا التوضيح رداً على تبرير عمليات التورق التي تجريها المصارف، بمسميات تستميل عاطفة الجمهور وتغرر بهم للوصول إلى النتيجة المبتغاة، ناسية أو متناسية أن هذه

---

[1]) إقامة الدليل على إبطال التحليل، أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني، المحقق: حسنين محمد مخلوف، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ص ١٣٨.

[2]) ينظر: المدخل إلى الاقتصاد الإسلامي، ص ١٩١.

[3]) الموافقات، ١٨٢/٥.

[4]) سورة النساء: جزء من الآية ٢٩.

[5]) ينظر: المالية والمصرفية المعاصرة، د. نزيه حمّاد، ص ١٦٦ وما بعدها.

الوسائل والبدائل محرمة وذلك على تصالح الأجل في القرض، فإنه لا يجوز أخذ العوض عنه، إذ هو من ربا النسيئة، لأن القرض في النظر الشرعي عقد إرفاق وإحسانٍ، قوامه تبرع المُقرِض بمنافع ماله للمقترض مدة القرض في الدنيا على أن يستوفي قيمتها من الله تعالى يوم القيامة، بينما ما يحصل في عملية التورق المصرفي المنظم هو باب من أبواب القرض الذي يجر منفعة، ولا يصح شرعاً جعل القرض سبيلاً للاكتساب والاسترباح والمتاجرة بالديون في الدنيا بأخذ البدل عن الأجل فيه، ويظهر المستفيد الأكبر من عملية التورق المصرفي هو المصدر نفسه، من خلال العائد على رأس ماله عن طريق شرائه للسلعة نقداً وبيعها في الأجل، فتجويز ذلك يفضي إلى أن يصير ذريعة بأكل الربا[1].

ولتوضيح الصورة أكثر أن عملية التورق المصرفي تتمُّ وفق الاجراءات أنفة الذكر، منضبطة من قبل البورصات وأسواق السلع العالمية في اشكالية العقد في المصارف، التي تجسد عن أسواق رأسمالية، ما يعني أنها غير محكومة بالمنظومة القيمية المشروعة دينياً، وإنما عملها محكوم وفق مبدأ الفائدة، انطلاقاً من الفلسفة التي يؤمن بها القائمون عليها، بأن عرضتْ مؤسسة ما سعراً مناسباً في السلعة المقصودة، ثم تبين أن هذه المؤسسة هي التي باعتها أول مرة أو لها علاقة بها، فهل سيتم فسخ العقد باعتبار أن هذه العملية مبنية على أساس عدم بيعها لجهة البائع! مؤكد وحتما وطبعاً لا[2].

وهذا التحايل الذي تمارسه المصارف لفتح الطريق لأكل الربا، وتوسيع نطاقه بين الناس، تتناقض مع القواعد الشرعية وأسسه التي تقضي بسد الذرائع، إذ إن الله سبحانه وتعالى أمرنا باجتناب الطريق المؤدي إلى المفسدة بكل وسيلة ممكنة وصاحب الحيل هو الذي يقوم بفتحها واستخدام اساليب منها صيغة التورق المصرفي المنظم في التعامل مع المؤسسة للوقوع في الحرام، بطريق الالتفاف والتحايل على الشرع الحنيف، وفتح هذا الباب هو طريق في الفساد، فينبغي القول بسدها بسبب التهمة[3].

---

[1]) ينظر: البحر المحيط، ٩٤/٨.

[2]) ينظر: التورق المصرفي: رياض بن راشد آل رشود، ص ١٢٠.

[3]) ينظر: التورّق كما تجريه المصارف- دراسة فقهية اقتصادية، محمد العلي القريّ، بحث مقدم للدورة السابعة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي المنعقدة في مكة المكرمة، سنة ١٤٢٤ه، ص ١١.

المطلب الثاني: أثر سد الذرائع في التأمين التجاري

سنتناول التعريف بالتأمين عند اللغويين للتعرف على مفهومها الاصطلاحي عند علماء القانون، والتأمل في تصور مفهومها عند علماء الفقه وما إلى ذلك من حقائق ذات الصلة بجزئيات التأمين، ثم التطرق إلى مفهوم التأمين التجاري في اصطلاح الفقهاء، وحقيقته المصرفية المعاصرة، ويمكن من خلال التعريفات الوصول إلى حكمه الشرعي، للتعرف على تطبيقاته وفق مجال القول بسدِّ الذرائع على مقتضى رفع الخطورة أو الضرر أو الفساد.

الفرع الأول: تعريف التأمين

أولاً: تعريف التأمين لغةً: يطلق التأمين في اللغة على معاني عدة منها:

١) أَمَنَ: أي اطمأن وزال خوفه، وقد استعملت كلمة الأمن عند الخوف، من ذلك قوله تعالى:﴿ وَءَامَنَهُم مِّنْ خَوْفٍ ﴾[١]، وكذلك ﴿ وَإِذْ جَعَلْنَا ٱلْبَيْتَ مَثَابَةً لِّلنَّاسِ وَأَمْنًا ﴾[٢]، والأمن ضد الخوف، فأما آمنته فهو ضد أخفته[٣]، وليس لهذا المعنى صلة بالمعنى الاصطلاحي.

٢) الأمانة: ضد الخيانة، وهو سكون القلب، "يُقَالُ: أَمِنْتُ الرَّجُلَ أَمْنًا وَأَمَنَةً وَأَمَانًا، وَآمَنَنِي يُؤْمِنُنِي إِيمَانًا. وَالْعَرَبُ تَقُولُ: رَجُلٌ أُمَّانٌ: إِذَا كَانَ أَمِينًا"[٤].

٣) أَمَّنَ: بمعنى الدعاء وهو التأمين مصدر الفعل الرباعي ومضارعها يؤمِّنُ، فقد وردت في قواميس اللغة بمعنى التأمين على الدعاء، وهو قول آمين بعده، ومعناها اللهم استجب، وقد ورد ذلك المعنى في السنة المطهرة بقول النبي محمد صلى الله عليه وسلم: ((إِذَا أَمَّنَ الإمام، فَأَمِّنُوا، فَإِنَّهُ مَنْ وَافَقَ تَأْمِينُهُ تَأْمِينَ المَلَائِكَةِ غُفِرَ لَهُ مَا تَقَدَّمَ مِنْ ذَنْبِهِ))[٥].وليس لهذا المعنى صلة بالمعنى الاصطلاحي[٦].

٤) الإيمان: ضد الكفر وهو التصديق[٧]، ونلاحظ أن كتاب الله عز وجل ربط بين الأمن والإيمان، ومنها كقوله تعالى: ﴿ وَكَيْفَ أَخَافُ مَآ أَشْرَكْتُمْ وَلَا تَخَافُونَ أَنَّكُمْ أَشْرَكْتُم بِٱللَّهِ مَا لَمْ يُنَزِّلْ بِهِۦ عَلَيْكُمْ سُلْطَٰنًا ۚ فَأَيُّ ٱلْفَرِيقَيْنِ أَحَقُّ بِٱلْأَمْنِ ۖ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَلَمْ يَلْبِسُوٓا۟ إِيمَٰنَهُم بِظُلْمٍ أُو۟لَٰٓئِكَ لَهُمُ ٱلْأَمْنُ وَهُم مُّهْتَدُونَ ﴾[٨]، وقوله تعالى: ﴿ وَعَدَ ٱللَّهُ ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟

---

[١]) سورة قريش: من الآية ٤.
[٢]) سورة البقرة: من الآية ١٢٥.
[٣]) ينظر: لسان العرب، ٢١/١٣.
[٤]) مقاييس اللغة، ١٣٤/١.
[٥]) متفق عليه.
[٦]) ينظر: منهج استنباط احكام النوازل الفقهية المعاصرة، مسفر بن علي بن محمد القحطاني، ص٦١٤.
[٧]) ينظر: القاموس المحيط، ص ١١٧٦.
[٨]) سورة الأنعام: الآيتان ٨١ و ٨٢.

مِنكُمۡ وَعَمِلُواْ ٱلصَّٰلِحَٰتِ لَيَسۡتَخۡلِفَنَّهُمۡ فِي ٱلۡأَرۡضِ كَمَا ٱسۡتَخۡلَفَ ٱلَّذِينَ مِن قَبۡلِهِمۡ وَلَيُمَكِّنَنَّ لَهُمۡ دِينَهُمُ ٱلَّذِي ٱرۡتَضَىٰ لَهُمۡ وَلَيُبَدِّلَنَّهُم مِّنۢ بَعۡدِ خَوۡفِهِمۡ أَمۡنٗا ﴾[1].

٥) الأمان: قال ابن فارس: "قَالَ الْخَلِيلُ: الْأَمَنَةُ مِنَ الْأَمْنِ. وَالْأَمَانُ إِعْطَاءُ الْأَمَنَةِ"[2].

ومن الاشتقاق الأخير أُخذ عقد التأمين بمعناه الاصطلاحي الحديث، فقد ورد معناه، كما في المعجم الوسيط: "وعَلى الشَّيْء دفع مَالا منجما لينال هُوَ أو ورثته قدرا من المَال مُتَّفقا عَلَيْهِ أو تعويضا عَمَّا فقد يُقَال أمن على حَيَاته أو على دَاره أو سيارته"[3].

ثانياً: تعريف التأمين اصطلاحاً: سأورد تعريفات بالمعنى الفقهي والقانوني والاقتصادي:

يمكن القول إن النظرة الاقتصادية أو النظرة الفقهية المعاصرة لا تخرج بمجملها عن النظرة اللغوية، وأن فقهاءنا عليهم الرحمة لم يعرفوا عقد التأمين بصورته الحالية، فهو من النوازل الحادثة التي لم تكن موجودة قبل القرن الرابع عشر الميلادي، ولهذا لم يكن لهم بشأنه جانب الأولوية في إدراك مفهوم التأمين كما سنرى، حيث تعددت التعريفات لمفهوم التأمين في مختلف المجالات الفقهية والقانونية والاقتصادية ويطول المقام إن قمت بذكر جميع هذه التعريفات، ولكن سأشير إلى أهمها مع استيعاب قدر الامكان مختلف الإتجاهات فيما يأتي:

الاتجاه الأول – المعنى الفقهي لعقد التأمين التجاري: نورد نماذج من تعريفاتهم

١) كما جاء عن الإمام ابن عابدين بما مضمونه بأنه: "عقد يلتزم المُؤَمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المُؤَمن له مبلغاً من المال أو مرتباً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين في العقد وذلك نظير قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المُؤَمَّن له للمُؤمِّن"[4]. وأطلق عليه اسم (سَوكَرَةٌ)[5].

٢) يقول الاستاذ مصطفي أحمد الزرقاء بأنه: "قواعد قانونية موضوعية يقصد بها في التشريع فسح المجال للتعاون على تفتيت آثار المخاطر وإزالتها عن عاتق المصاب وذلك بطريق التعاقد بين جهتين، مؤمِّن يلتزم بتعويض المصاب عن الاضرار التي تُلحقها به الحوادث المؤمَّن عنها، ومستأمن يلتزم بقسط من المال يدفعه للجهة المؤمِّنة لقاء التزامها بالتعويض عليه إذا وقع الحادث الخطر الاحتمالي"[6].

٣) تعريف الاستاذ عبد الرزاق السنهوري بأنه: "تعاون منظَّم تنظيماً دقيقاً بين عدد كبير من الناس معرَّضين جميعاً لخطر واحد، حتى إذا تحقق الخطر، بالنسبة إلى بعضهم، تعاون

---

[1]) سورة النور: من الآية ٥٥.

[2]) مقاييس اللغة، ١٣٣/١.

[3]) المعجم الوسيط، ٢٨/١.

[4]) عقود التأمين حقيقتها وحكمها، حمد بن حماد بن عبد العزيز الحماد، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنـــورة المنـــورة الطبعة: السنة السابعه عشر، العدد الخامس والستين، السادس والستين، محرم/جماد الأخرة ١٤٠٥هـ، ص ٧٢.

[5]) ينظر: حاشية ابن عابدين، ١٧٠/٤.

[6]) نظام التأمين: موقعه في الميدان الاقتصادي بوجه عام وموقف الشريعة الإسلامية منه ، مصطفى أحمد الزرقاء، بحث مقدم إلى المؤتمر العالمي الأول للاقتصاد الإسلامي، الطبعة الأولى، جدة سنة ١٤٠٠هـ/ ١٩٨٠م، ص ٣٩٤- ٣٩٥.

الجميع على مواجهته بتضحية قليلة يبذلها كلٌّ منهم يتلافون أضراراً جسيمة تحيق بمن نزل الخطر به منهم لولا هذا التعاون"[١].

٤) عرّفه الدكتور مسفِر القحطاني بأنه: "التزام طرف لآخر بتعويض نقدي يدفعه له أو لمن يعِّينه، عند تحقق حادث احتمالي مبين في العقد، مقابل ما يدفعه له هذا الآخر من مبلغ نقدي في قسط أو نحوه"[٢].

نلاحظ من التعريفات السابقة بأنها تشير إلى امور مهمة وهي:

- أن يكون الخطر غير محقق الوقوع.
- أن التأمين يُقدمُ خدماتٍ أساسية تتمثل في تعويض المؤمَّن له عن الخسائر المادية التي تلحق به نتيجة تَحققِ الخطر المؤمَّن منه.
- أن لا يكون متعلقاً بمحض إرادة أحد طرفي عقد التأمين.
- يُشجع التأمين على أهمية تقديم الخدمة للأفراد والجهات المختلفة مقابل تكلفة يُقدّمُها الأفراد على شكل القسط التأميني.

الاتجاه الثاني - المعنى القانوني لعقد التأمين: نورد نماذج من تعريفاتهم

١) قال حسب الفقيه جيرار: "التأمين عملية تستند إلى عقد احتمالي من عقود الضرر ملزم للجانبين يتضمن لشخص معين مهدد بوقوع خطر معين المقابل الكامل للضرر الفعلي الذي يسبب هذا الخطر له"[٣].

٢) نقلا عن الاستاذ سيميان بأنه: "اتفاق على تعويض الضرر الحاصل للمؤمَّن له في حدود الضمان الموعود به من طرف المؤمِّن"[٤].

٣) عرفه القانون المدني المصري الجديد بأنه: "عقد يلتزم المؤمِّن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمَّن له، أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه، مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً، أو أي عوض مالي آخر، وفي حالة وقوع الحادث، أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك في نظير قسط، أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمَّن له للمؤمِّن"[٥]. وهو مطابق للتعريف للتعريف المدني السوري المرقم (م٧١٣) والمدني الليبي المرقم (م٧٤٧)[٦].

٤) عرفه القانون العراقي بأنه: "عقد يلتزم المؤمِّن أن يؤدي إلى المؤمَّن له أو إلى المستفيد، مبلغاً من المال أو إيراداً، أو أي عوض مالي آخر، في حالة وقوع الحادث المؤمِّن ضده، وذلك في مقابل أقساط، أو أية دفعة مالية أخرى، يؤديها المؤمَّن له للمؤمِّن"[٧].

---

[١]) الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق أحمد السنهوري، ١٠٨٧/٢.

[٢]) ينظر: منهج استنباط احكام النوازل الفقهية المعاصرة، مسفِر بن علي القحطاني، ص٦١٤.

[٣]) الأحكام العامة طبقا لقانون التأمين و التأمين الجديد، د. إبراهيم أبو النجا؛ الجزء الأول، دار النشر د. م. ج ١٩٨٩م، ص ٤٥.

[٤]) ينظر: التأمين الاجتماعي في ضوء الشريعة الإسلامية، د. عبد اللطيف محمود آل محمود، دار النفائس، الطبعة الأولى/ ١٤١٤ه، ١٩٩٤م، ص ٣٣.

[٥]) القانون المدني المصري وجاء في تعريفه في المادة (٧٤٧)، ينظر: موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، د. علي السالوس، ص ٣٦٤.

[٦]) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق أحمد السنهوري، دار النشر للجامعات ١٩٥٢م، ودار النهضة العربية، ١٩٧٠م، القاهرة، ١٠٨٥/٢.

[٧]) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق أحمد السنهوري، ١٠٨٥/٢.

انقسمت التشريعات في تحديد مفهوم التأمين لاختلاف وجهة نظر بعضهم عن الآخرين، ولكنهاتتفق فيما بينها من حيث المضمون وان اختلفت من حيث الشكل والصياغة، فثم مؤشر يشير إلى وجود شبه اتفاق لمفهوم التأمين داخل النظام القانوني.
نلاحظ من التعريفات السابقة بأنها تشير إلى امور مهمة، وقبل البدء لابد من الإشارة إلى ملاحظة مهمة وهي عدم تكرار الخصائص الموجودة في المعنى الفقهي لعقد التأمين التجاري لوضوح الصورة، حيث يتم هنا الإشارة إلى عناصر مغايرة أهمها:

- أنَّ التأمين له القدرة على التنبؤ وحساب قيمة الخسارة المتوقعة وذلك عن طريق تجميع الأخطار المتجانسة، والانحراف المعياري للخسارة.
- أن لا يكون مخالفاً للنظام العام أو الآداب.
- تكرار الخصائص الموجودة في المعنى الفقهي في الفقرة الأولى والثانية والرابعة.

الاتجاه الثالث - المعنى الاقتصادي لعقد التأمين: نورد نماذج من تعريفاتهم

١) نقلاً عن الدكتور سأمر عكور بأنه: "مساهمة الجماعة في التعويض عن الخسائر التي يتعرض لها الفرد بسبب وقوع خطرٍ ما خارجٍ عن إرادته، وبذلك تتوزع آثار الخطر على أكبر عددٍ من الأفراد حتى يسهل تحمل الخسارة المتحققة من وقوعه على الفرد الواحد"[١].

٢) يقول الدكتور سلمان زيدان بأنه: "عملية ينظمها عقدٌ عن طريق تجميع مجموعة من المخاطر المتحدة في النوع والطبيعة وإجراء المقاصة بينها، وفقاً لعملية الإحصاء التي يتولاها طرف مخوّل قانوناً بممارسة أعمال التأمين، ويُسمّى بهذه الصفة (المؤمِّن) مقابل عوض مالي (قسط التأمين) الذي يُلزَمُ المؤمَّن له بسداده في مواعيد استحقاقه أو دفعه واحدة حسب شروط عقد التأمين إلى الطرف الآخر في العقد، ويتصف المؤمَّن له بأنه الشخص المهدد بالخطر المؤمَّن منه والذي يحملُ مصلحة تأمينية في محل التأمين لقاء ضمان الأمان الذي يوفره له المؤمِّن من تلك الأخطار التي تهدّده والمحددة في عقد التأمين"[٢].

٣) قال الاستاذ سليم الوردي: "فهو مؤسسة اقتصادية تقلل الخطر من خلال تجميعها وادارتها لعدد من المحال المتوزعة بما يمكن من التكهن بالخسائر المتوقعة على مستوى المجموعة، ويقوم على عقود قانونية معينة، يعد بموجبها المؤمِّن تعويض المؤمَّن له، ويقدم له الخدمات في حالة تعرضه لخسائر عرضية معينة خلال سريان العقد"[٣].

نلاحظ من التعريفات السابقة بأنها تشير إلى امور مهمة، حيث يتم هنا الإشارة إلى عناصر مغايرة عن الإتجاهين السابقين أهمها:

- يُساعد التأمين الأفراد والمنشآت التجارية تخطي المشاكل المادية التي قد يتعرضون لها عند وقوع الخطر.

---

[١]) إدارة الخطر والتأمين، منظور إداري كمّي وإسلامي، الدكتور هاني جزاع إرتيمه والدكتور سامر محمد عكور، دار الحامد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى/ ١٤٣١هـ- ٢٠١٠م، ص ٩٥.

[٢]) إدارة الخطر والتأمين، الدكتور سلمان زيدان، دار المناهج للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى ١٤٣٣هـ/٢٠١٣م، ص ٢٤.

[٣]) ادارة الخطر والتأمين، سليم علي الوردي، دار الكتب والوثائق المكتبة الوطنية، بغداد، ١٩٩٩م، ص ٧٢.

- تكرار الخصائص الموجودة في المعنى الفقهي في الفقرة الأولى والثانية والرابعة.

لقد اختلفت تعريفات التأمين عند الاتجاهات الثلاثة، حيث يتجه البعض في تعريفها من خلال النظر إلى أنها نظرية، بينما يذهب الآخرون إلى التركيز من زاوية أخرى من خلال فكرة، وبيِّنه كعقد أو تطبيق أو تصرف قانوني يحدد العلاقة بين الاطراف، مع أن المقصود من التعريف توضيح ماهية المعرّف ببيان أركان العقد أو العلاقة بين أطرافه، وفضلاً عن هذا الاختلاف فثم مؤشر يشير إلى وجود شبه اتفاق لمفهوم التأمين داخل النظام الاقتصادي المعاصر بأنه: "هو جزء من الصناعة المالية والتي عن طريقها تقدم الخدمات (الحماية التأمينية) للأفراد أو المؤسسات وهذه الخدمة ذات طابع احتمالي مستقبلي"[١].

وتجدر الإشارة إلى تنبيه مهم قبل البدء في الفرع الثاني وهو أن محل التأمين بمقتضى وثيقة التأمين التي ينبغي أن تكون محدّدة بوضوح تام، وبشكل يمكن التعرف على الخطر أو المصلحة المؤمَّنة بسهولة وتمنع أي التباس يمكن أن يقود إلى نزاع بين الطرفين، مع توفر الشروط التي ستأتي[٢]:

توضيح بعض مفردات التعريفات السابقة المتعلقة بأركان عملية التأمين:

- المؤمِّن: هو الطرف المخول بموجب القانون أن يمنح غطاءَ التأمين إلى الطرف الآخر وهو المؤمَّن له، مقابل عوض مالي، ولا يجوز لغير المخول قانوناً بممارسة أعمال التأمين[٣].
- المؤمَّن له: هو الطرف المتعاقد مع المؤمِّن في عقد التأمين، والذي يتحمل جميع الالتزامات الناشئة عن عقد التأمين والمقابلة لالتزامات المؤمِّن، وبناءً على ذلك يلتزم بسداد أقساط التأمين المستحقة في مواعيد استحقاقها، ويُسمى بهذه الصفة طالب التأمين[٤].
- المؤمَّن منه: كل خطر أو أخطار معينة يمكن للمؤمِّن إجراء التأمين منها، فيكون مسؤولاً عن الخسارة التي يرجعُ السبب المباشر في وقوعها إلى ذلك الخطر المعين في وثيقة التأمين[٥].
- المؤمَّن عليه: هو الشخص المؤمَّن على حياته والذي يتعهد المؤمَّن (شركة التأمين) بمقتضى وثيقة التأمين على الحياة إذا تحقّق حادثٌ احتمالي يتصل بحياته بإداء مبلغ من المال إلى المؤمَّن له الذي اشترط التأمين لمصلحته[٦].
- التعويض: هو التعويض المالي الحقيقي الكافي لإرجاع المؤمَّن له إلى حالته المالية التي كان عليها تماماً قبل وقوع الخسارة التي تكبّدها بسبب خطر مؤمَّن منه بوثيقة التأمين[٧].
- قسط التأمين: هو المبلغ الذي يحصل عليه المؤمِّن لقاء تحمّله الخطر، وبالمقابل يمثل ثمن الأثمان الذي يحصل عليه المؤمَّن له، أي أنه العوض الذي يدفعه المؤمَّن له إلى المؤمِّن

---

[١]) التأمين الاجتماعي في ضوء الشريعة الإسلامية، د. عبد اللطيف محمود آل محمود، ص ٣٠٠.
[٢]) ينظر: إدارة الخطر والتأمين، الدكتور سلمان زيدان، ص ٢٨.
[٣]) ينظر: موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، د. علي السالوس، ص ٣٦٥.
[٤]) موقف الشريعة الإسلامية من البنوك، د. رمضان حافظ عبد الرحمن، ص ١٩٣.
[٥]) ينظر: إدارة الخطر والتأمين، منظور إداري كمِّي وإسلامي، ص ١٠١.
[٦]) ينظر: إدارة الخطر والتأمين، الدكتور سلمان زيدان، ص ٢٦.
[٧]) ادارة الخطر والتأمين، سليم علي الوردي، ص ٧٢.

مقابل التعويض للمؤمَّن له عن الخسائر التي يكون السبب المباشر في وقوعها خطر مؤمَّن منه، ولا يلتزم المؤمِّن الا بعد استلامه قسم من قسط التأمين[1].

●الفرع الثاني: أركان عقد التأمين وخصائصه وأنواعه

يعتبر عقد التأمين كأي عقد تجاري له أركان محدّدة يقوم عليها وتحدد الإطار العام الذي يقوم عليه، بحيث يبطل العقد في حال عدم الالتزام، وفيه شروط كثيرة بعضها يتعلق بالعقد وبعضها يترتب عليه بطلان العقد وبعضها يتعلق بمحل البيع، وبناء على ما تقدم سيتم تقسيم الفرع على قسمين القسم الأول يتضمن أركان عقد التأمين وخصائصه، والقسم الثاني أنواع التأمين.

القسم الأول: أركان التأمين وخصائصه

لغرض دراسة أركان عقد التأمين ينبغي بداهة أن نربطه بمفهومه العام، وفي هذا الاطار ينبغي العودة إلى تعريفات التأمين لاستحضار التزام كل من المتعاقدين، وما يدل عليهما مشترطاً أثرُهُ في المعقود عليه وهو المحل، فإن فقدان أيٍ منهما لا نحصل على عقد تام الوضوح.

الإسلام اباح المعاملات بشروط رئيسة، هي الالتزام بالكسب الحلال ونبذ الحرام والتراضي بين المتعاملين والاعتدال في التجارة فيدخل تحت شرط ضرورة اتمام المعاملات التجارية دون تعسف أو ظلم أو اكراه لكلا الطرفين في كافة الأمور الخاصة بالمبادلة قبل اتمامها، فتبين ان المقصود من التجارة الربح والمحافظة على أصل المال[2].

أركان العقد (مقومات العقد): وهي ما يشترط تحققه لاعتبار العقد منعقداً، فإن أركان العقد هي المكونات الاساسية لوجوده، فإذا اختل أي ركن منها لا يتحقق العقد ويكون العقد باطلاً، ومن خلال ذلك فان انعقاد التأمين يتوقف على تحقيق اركانه[3] وهي: الصيغة المتمثلة "بالتراضي أو الإيجاب والقبول"، والعاقدان المتمثلان "المؤمِّن والمؤمَّن له" والمعقود عليه "الثمن (القسط) والمثمن أو المنفعة أو العمل أو المصلحة التأمينية"[4].

---

[1]) ينظر: إدارة الخطر والتأمين، منظور إداري كمِّي وإسلامي، ص ١١٥.

[2]) ينظر: المصارف الإسلامية وما لها من دور مأمول وعملي في التنمية الشاملة، عبد الملك يوسف حمر – ابو ظبي – الامارات، ص ٤ وما بعدها.

[3]) والمراد بالركن هنا ما يتوقف عليه وجود الشيء وإن كان غير داخل في حقيقته، وهذا مجرد اصطلاح، لأن ركن الشيء الحقيقي هو أصله الداخل فيه.

[4]) ينظر: إدارة الخطر والتأمين، منظور إداري كمِّي وإسلامي، ص ١١٧.

وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء[1] من المالكية والشافعية والحنابلة[2]، الا ان المالكية والحنابلة قالوا يكفي في الصيغة: كل ما يدل على الرضا ولو معاطاة[3]، وهذا رأي الحنفية أيضاً.

الركن الأول – التراضي وهي الصيغة "الإيجاب والقبول":

الأصل الذي تبنى عليه العقود المالية من المعاملات الجارية بين العباد اتباع التراضي المستدل عليه بقوله تعالى: ﴿ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾[4]، غير ان حقيقية الرضا لما كان أمراً خفيا، وضميراً قلبياً، اقتضت الحكمة رد الخلق إلى مرد كلي، وضابط جلي، يستدل به عليه، وهو الإيجاب والقبول الدالان على رضا العاقدين[5].

<u>الإيجاب لغة:</u> مصدر أوجب، يقال أوجب الأمر على الناس أيجابا أي ألزمهم به الزاما، ويقال وجب البيع يجب وجوباً أي لزم وثبت. فانعقاد العقد بصفة عامة سواء كان عقد مبرم بالوسائل التقليدية أو عقد مبرم بالوسائل الالكترونية لابد ان يصدر أيجاب من أحد المتعاقدين يعقبه قبول من الطرف الآخر ولابد ان يقترن الإيجاب بالقبول وان يتطابق كل منهما[6].

<u>والقبول في اللغة:</u> من قبل الشيء - قبولا وقبولا: اخذه عن طيب خاطر، يقال: قبل الهدية ونحوها، وقبلت الخبر: صدقته، وقبلت الشيء قبولا: إذا رضيته[7]. والقبول الرضا بالشيء وميل النفس إليه، وقبل الله الدعاء: استجابةً[8]. فهما تعبيران يدلان عن الارادة فقد يكونان باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المعهودة عرفاً.

---

[1]) خلافا للمذهب الحنفي، فالحنفية قد نظروا في ذلك إلى الركن الحقيقي، وهو ما كان أصلاً للشيء داخلاً فيه يتوقف العقد والانعقاد عليه عقود البيع وهو ركن واحد الايجاب والقبول واما عدا ذلك من المحل والعاقدين فهي لوازم للإيجاب والقبول. ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، ١٣٣/٥ – ١٣٤.

[2]) لأن الرُّكْنَ عِنْدَهُمْ: مَا تَوَقَّفَ عَلَيْهِ وُجُودُ الشَّيْءِ وَتَصَوُّرُهُ عَقْلاً، سَوَاءٌ أَكَانَ جُزْءًا مِنْ حَقِيقَتِهِ أَمْ لَمْ يَكُنْ، وَوُجُودُ عقد التأمين مثلاً يَتَوَقَّفُ عَلَى الْعَاقِدَيْنِ وَالْمَعْقُودِ عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ هَؤُلاَءِ جُزْءًا مِنْ حَقِيقَتِهِ. ينظر: الشرح الصغير ٢ / ٣، ومغني المحتاج ٢ / ٥ – ٧ ، وشرح منتهى الإرادات ٢ / ١٤٠.

[3]) ينظر: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، الرُّعيني المالكي، ٢٢٩/٤، مغني المحتاج، الشربيني، ٣/٢، المغني، ابن قدامه، ٣٦٠/٣.

[4]) سورة النساء: جزء من الآية ٢٩.

[5]) ينظر: تخريج الفروع على الأصول، الزنجاني، ص ٦٢.

[6]) ينظر: معجم الاقتصادي الإسلامي، د. احمد الشرباصي، ص ٤٣.

[7]) ينظر: مشارق الأنوار على صحاح الآثار، عياض بن موسى بن عياض بن عمرون اليحصبي السبتي، أبو الفضل (المتوفى: ٥٤٤هـ) - المكتبة العتيقة ودار التراث، ١٦٩/٢.

[8]) ينظر: كتاب العين، الفراهيدي، ١٦٨/٥.

وأما شرعاً فقد أختلف الفقهاء في تعريفه:

قالت الحنفية: الإيجاب هو ما صدر أولاً من أحد المتعاقدين ، سواء كان بائعا كأن يقول: بعتك كذا، أو مشترياً كأن يقول: اشتريت منك كذا بألف فيقول: بعتك أياه، والقبول هو ما صدر ثانياً، فالمعتبر إذن أولوية الصدور سواء أكان من جهة البائع أم من جهة المشتري[1] .

وعند الجمهور: هو ما صدر ممن يكون منه التمليك وإن جاء متأخراً. والقبول: هو ما صدر ممن يصير له الملك وإن صدر أولاً[2] .

ويشترط للصيغة توافق الإيجاب والقبول، فلو خالف القبول الإيجاب لم ينعقد التأمين لأنه عقد رضائي، وكذلك اتّحاد المجلس ، ويمكن أن يتحول إلى عقد عيني، بمعنى أنه لا ينعقد بالتراضي فقط الا إذا دفع المستأمن القسط الأول من التزامه وذلك باتفاق الطرفين، فلو تراخى القبول عن الإيجاب صحّ العقد ، ولم يُلغ ما داما في المجلس ولم يتشاغلا بما يقطعه عرفًا[3]، ويشترط عدم هلاك المعقود عليه.

وهنالك بعض الخلاف بين الفقهاء في صيغة انعقاده بلفظي الاستفهام أو الأمر، وتدل عبارات الفقهاء على أنّ العبرة بالدّلالة على المقصود ، أكان ذلك بوضع اللّغة أم بجريان العرف ، قال الإمام الدّسوقيّ: "ينعقد البيع بما يدل على الرّضا عرفًا ، سواءٌ دل لغةً أو لا، من قولٍ أو كتابةٍ أو إشارةٍ منهما أو من أحدهما. لأن الشّارع لم يخصّه بصيغةٍ معيّنةٍ، فيتناول كل ما أدّى معناه"[4].

الركن الثاني – العاقدان "المؤمِّن المؤمَّن له": فإنه يشترط من العاقدين شروط والتزامات:

❖ **شروط العاقدين منها:**

اشترط الفقهاء في كل واحد من العاقدين أن يكون أهلا لصدور العقد عنه، وأن يكون له ولاية إذا كان يعقد لغيره، وأن يكون العاقد مختاراً فلا ينعقد عقد التأمين المكره[5] ولا الصادرة من

---

[1]) ينظر: الاختيار، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي (المتوفى: ٦٨٣هـ) - مطبعة الحلبي – القاهرة - ١٣٥٦ هـ، ٢ / ٤.

[2]) ينظر: حاشية الجمل شرح المنهج للشيخ زكريا الأنصاري، سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهري، الأزهري، المعروف بالجمل (المتوفى: ١٢٠٤هـ) - دار الفكر، ٦/٣ – ٩ ، كشاف القناع: ٣/٢.

[3]) الفاصل الذي يغتفر في الإيجاب والقبول، وهو الفاصل اليسير وكما لا يضر الفصل بالسكوت اليسير، وأما السكوت الطويل وهو ما يشعر بالإعراض عن القبول فإنه لا يغتفر ولكل من البائع والمشتري الرجوع ما داما في المجلس. ينظر: الفقه على المذاهب الأربعة، ١٤٥/٢، إدارة الخطر والتأمين، الدكتور سلمان زيدان، ص ١٤٦.

[4]) ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الدسوقي المالكي، ٣/٣.

[5]) الحنفية - قالوا: إن كل عقد يكره عليه الشخص ينعقد لأن القاعدة عندهم في المكره: أن كل ما يكره على النطق به ينعقد، فإن البيع ينعقد فاسداً ويملكه المشتري ملكاً فاسداً وللمكره أن يجيز البيع بعد زوال إكراهه. والمالكية - قالوا: الإكراه الذي يمنع نفاذ البيع هو الإكراه بغير حق، والشافعية - قالوا: بيع المكره لا ينعقد رأساً إلا إذا قصد إيقاع العقد ونواه حال الإكراه. والحنابلة قريب من هذا. ينظر: المبسوط، السرخسي، ٦٤/١١، الحاوي الكبير، الماوردي، ١٣/٥، المغني، ابن قدامه، ٤٨٢/٣، القوانين الفقهية، ابو القاسم الكلبي، ص ١٦٣.

من فاقد الأهلية، لقوله صلى الله عليه وسلم: "إنما البيع عن تراضٍ"[١]، وأن لا يشوب إرادتهما أي عيب من عيوب التراضي كفقدان الأهلية القانونية، أو الجنون[٢].

❖ **التزام العاقدين:**

أولا – التزام طالب التأمين (المؤمَّن له):

دفع القسط هو التزام أصلي، يقع على عاتق المؤمَّن له وهو طالب التأمين، ولقد جرت العادة ان يدفع المؤمَّن له أولا، وبهذا يضمن استحقاق تأمين المصنع مثلا من قبل المؤمِّن وفاء، فيوفر له الخدمة التي يرغب فيها، وفي هذه الحالة يقوم طالب التأمين بالتعاقد مع شركة التأمين ويتعهد بدفع أقساط التأمين، ويكون كلا الطرفين شخصاً واحداً[٣]، وفي ذات الوقت المؤمَّن له الذي أمَّن على نفسه يطلق عليه تسمية المؤمَّن عليه، ويمكن أن يكون المؤمَّن له أو أيَّ شخص آخر، فعلى سبيل المثال يكون المستفيد من تأمينات الحياة هم الورثة[٤].

ثانياً – التزام الشركة (المؤمِّن):

يلتزم المؤمِّن عند تسلم الثمن عبر القسط، وبهذا يمثل السبب الباعث في سعي المؤمَّن له الذي يدفعه في تنفيذ التزامه بسداد قسط التأمين لغرض الحصول على الحماية التأمينية، وبذلك يقوم صاحب التعويض وهو المؤمِّن بتصريح يلتزم به من صدّر عنه قانوناً، بإنجاز موضوع الوعد بعمل شيء معين، وتطبيق ذلك في عقد التأمين، فإن العوض يمثل سداد المؤمَّن له قسط التأمين مقابل حصوله على الحماية من قبل شركة التأمين كعوض عن استلامها قسط التأمين[٥].

الركن الثالث – المعقود عليه (محل العقد)"الثمن (القسط) والمثمن (التعويض)"**:**

وهو محل التزام الطرفين–المؤمِّن والمؤمَّن له- وهي الوثيقة المُدوّن بها جميع بيانات وتفاصيل عقد التأمين، التي تمثل قيمة الاشياء والمسؤوليات المؤمَّن عليها، ويكون سقف المسؤولية لدى شركة التأمين مُتمثلاً بقيمة التأمين، وهو محل التزام المؤمِّن[٦].

ويظهر من ذلك أن محل الالتزام هو نتيجة لازمة لمحل العقد، حيث لا يمكن ان يكون عقداً بدون محل، وحدده البعض بأن ركن المحل هو الشيء المؤمَّن عليه، في حين يرى البعض أن محل العقد هو موضوع الخطر المؤمَّن ضده، بينما يرى آخرون أن محل العقد هو المصلحة التأمينية[٧].

---

[١]) سنن ابن ماجه، كتاب التجارات، باب بيع بالخيار، رقم الحديث – ٢١٨٥ -. اسناده صحيح بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ٧٣٧/٢.

[٢]) ينظر: إدارة الخطر والتأمين، منظور إداري كمِّي وإسلامي، ص ١١٧.

[٣]) ينظر: التأمين الاجتماعي في ضوء الشريعة الإسلامية، د. عبد اللطيف محمود آل محمود، ص ٣٥- ٣٦.

[٤]) ينظر: إدارة الخطر والتأمين، منظور إداري كمِّي وإسلامي، ص ١١٦.

[٥]) ينظر: إدارة الخطر والتأمين، الدكتور سلمان زيدان، ص ١٤٨- ١٤٩.

[٦]) ينظر: المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، محمد شبير، ص ٩١.

[٧]) ينظر: إدارة الخطر والتأمين، منظور إداري كمِّي وإسلامي، ص ١١٧.

ومع كل ذلك فإن معيار التنفيذ ليس متوقفاً بكونه عقداً رضائياً، فهذا لا يعني الفورية في التنفيذ، فقد يتفق الطرفان على تحديد موعد لبدء سريانه بعد وقت إبرامه.

خصائص عقد التأمين:

يتميز عقد التأمين بعدة خصائص تجعله كأيٍّ من العقود الأخرى ولكن بمميزاتٍ تخص الخدمة التأمينية التي يعقد من أجلها هذا العقد، ويمكن تلخيص خصائص عقد التأمين فيما يأتي على أنه:

(١) عقد رضائي: المقصود بالرضائية هو تراضي طرفي العقد بمجرد اقتران وتوافق الإيجاب والقبول، ولكن هذا العقد يمكن أن يتحول إلى عقد شكلي، بمعنى أنه لا ينعقد إلا بالتوقيع عليه من المؤمِّن مع المؤمَّن له، ويمكن أن يتحول إلى عقد عيني وقد بُيّن ذلك سابقاً[١].

(٢) عقد معاوضة: المقصود هنا أن كلا من الطرفين يدفع مقابلا لما يدفعه الطرف الآخر، فالمؤمَّن له يسدد قسط التأمين مقابل الحماية التأمينية التي يدفعها المؤمِّن بالتعويض عن الخسائر عند تحقق الخطر المؤمَّن منه[٢].

(٣) عقد احتمالي: يقصد بالعقد الاحتمالي الذي لا يمكن تحديد تاريخ وقوعه أو حجم الخسائر التي تنجم عنه، فالاحتمال في العقود يتعلق بالقدْر الذي يدفعه كل من المتعاقدين للطرف الآخر، فتنفيذ العقد ينتهي عند حصول أمر مستقبل محتمل الوقوع لكن لا يعرف زمن وقوعه[٣].

(٤) عقد مستمر: يستمر تنفيذ الالتزامات طيلة مدة التأمين، فإذا وقع الخطر خلال عامٍ واحد مرتين، فيجب أن تلتزم شركة التأمين بالتعويض مرتين، فتجد العقد يمتاز بعنصر جوهريٍ فيه الا وهو الزمن الذي يقدر به محل العقد[٤].

(٥) عقد إذعان: أن يفرض المؤمِّن النصوص والشروط والمحددات بما ينسجم مع عملية التأمين، وليس أمام المؤمَّن لهم الا القبول بها إن ارادوا إتمام العقد، إذ ليس بمقدورهم أن يُساومَ على الضوابط والاستثناءات وغيرها.

القسم الثاني: أنواع التأمين

بعد أن تبين معنى التأمين وأركانه وخصائصه، يتخصص البحث في هذا القسم لأنواع التأمين، وهناك من يرى أن للتأمين ثلاثة أنواع، يختلف بعضها عن بعض من وجوه عديدة، كالهيئة العامة القائمة عليه والاهداف، غير أن هذه الأنواع عن البعض لا تختلف في جوهرها

---

[١]) ينظر: كشف الأسرار، عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري (المتوفى : ٧٣٠هـ)، المحقق : عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية –بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ/١٩٩٧م، ٣/٤-٤، الإشارة في معرفة الأصول والوجازة في معنى الدليل، ص ٣١٢-٣١٣، الاعتصام، الشاطبي، ص٦٣٨، الإحكام في أصول الأحكام، ١٥٩/٤، نهاية السول شرح منهاج الوصول، ٢٥٠/٢، قواعد الأصول ومعاقد الفصول، ص٧٧، روضة الناظر وجنة المناظر، ٣١/٢.

[٢]) ينظر: إدارة الخطر والتأمين، منظور إداري كمِّي وإسلامي، ص ١١٨.

[٣]) ينظر: التأمين الاجتماعي في ضوء الشريعة الإسلامية، د. عبد اللطيف محمود آل محمود، ص ٥١.

[٤]) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق أحمد السنهوري، ١١٣٩/٢.

ومضمونها، وإنما تختلف شكلها، بينما يذهب فريق آخر إلى اختلافها بكل معانيها، ومن خلال ذكر تعريفاتها يتضح امام القارئ الفروق، وهذه الأنواع الثلاثة هي:

النوع الأول: التأمين التجاري:

تقدمت تعريفات عديدة تنطبق على هذا النوع، وغالباً ما تتعهد الجهة المؤمَّنة فيه بدفع عوض مالي إلى المؤمَّن له عند حدوث الخطر المحتمل مقابل أقساط محدّدة يلتزم المؤمَّن له بدفعها[1]، فهو عقد من عقود المعاوضات المالية الاحتمالية، فقد يدفع قسطاً المؤمَّن له أو قسطين ثم تقع الكارثة فيستحق ما التزم به المؤمِّن، وقد لا تقع الكارثة أصلاً فيدفع جميع الأقساط ولا يأخذ شيئاً[2].

التأمين التجاري تقوم به شركات مساهمة تنشأ لهذا الغرض، حيث لا تستطيع أن تحدد ما تعطي وتأخذ بالنسبة لكل عقد بمفرده، وهو نوع من الغرر، لما فيه من المخاطرة في معاوضات مالية، من الغرم بلا تسبب فيها أو الغنم بمقابل غير مكافئ، فهو أخذ مال الغير بلا مقابل في عقود المعاوضات المالية، وهو يهدف إلى الربح أساساً، ذو القسط الثابت، وهذا النوع هو الذي تحدثتُ عنه عند إيرادي مقومات عقد التأمين وبيان أركانه[3].

ولذا نجد أن القانونيين والاقتصاديين يميل إلى اعتباره عقداً مشروعاً، انطلاقا بالخلفية القانونية الوضعية، وهو مغاير لما أنتهى إليه أغلب علماء الشريعة الإسلامية والباحثون الشرعيون.

النوع الثاني: التأمين غير التجاري:

وهو قيام مجموعة من الناس بتأمين أنفسهم ضد مخاطر مشتركة وظروف متشابهة، والجهة المشرفة فيه هم المشتركون أنفسهم الذين ينتظمون إما في صورة شركة أو جمعية، ولا تهدف هذه الشركة أو الجمعية إلى الربح، وإنما الغرض منها تمكين أعضائها من الحصول على خدمات التأمين بأقل كلفة ممكنة، كما يتميز بانخفاض تكلفة الأقساط للأعضاء مقارنة بأقساط التأمين التجاري، وعليه يعرف التأمين غير التجاري بأنه اتحاد غير مقيد به المؤمِّن لهم أنفسهم، فيتعهدون لتعويض الأضرار التي تلحق بعضهم في الحالات المعينة المحتمل حدوثها في المستقبل، وتوزع هذه الخسائر على جميع الأعضاء[4]، وهو يتنوع إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: التأمين التبادلي:

تقوم به مجموعة من الأفراد أو الجمعيات لتعويض الأضرار التي تلحق أحدهم إذا تحقق خطر معين والمسؤولية فيه غير محدّدة، حيث يتميز العضو بأن يجمع فيه بين صفتي المؤمِّن والمؤمَّن له، ولا يقصد به الربح أولاً، وهذا الاتجاه ينبثق باتجاهين.

---

[1]) ينظر: موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، د. علي السالوس، ص ٣٧١.

[2]) ينظر: منهج استنباط احكام النوازل الفقهية المعاصرة، مسفِر بن علي بن محمد القحطاني، ص٦١٥.

[3]) موقف الشريعة الإسلامية من البنوك، د. رمضان حافظ عبد الرحمن، ص ١٩٣- ١٩٤.

[4]) ينظر: منهج استنباط احكام النوازل الفقهية المعاصرة، مسفِر بن علي بن محمد القحطاني، ص ٦٢٢، إدارة الخطر والتأمين، منظور إداري كمِّي وإسلامي، ص ٢١٨.

فيذهب الاتجاه الأول بحيث لا يدفع العضو أي مبلغ[١] إلا بعد حدوث الخطر لأحدهم وتوزيع التعويض عليهم، فيدفع كل منهم ما خصه من الخسارة الواقعة، ويسمى بالتأمين التبادلي ذو الحصص البحتة[٢].

وأما الاتجاه الثاني التأمين التبادلي ذو الأقساط المقدمة، حيث يدفع العضو مبلغاً معيناً مقدماً ليسهل سداد التعويض بمجرد حدوث الخسارة، ويرد ما تبقى من القسط في نهاية العام إلى كل عضو إذا كان نصيبه في تحمل الخسارة أقل مما دفع[٣].

الاتجاه الثاني: التأمين التعاوني: وهو شبيه بالتأمين التبادلي[٤]، ويختلف عنه من وجوه:

١) يكون للجمعيات التعاونية رأس مالٍ، وليس للجمعيات التبادلية رأس مالٍ.
٢) مسؤولية العضو في الهيئات أو الجمعيات التعاونية محدودة بقيمة القسط المدفوع، بينما لا تجد ذلك في الجمعيات التبادلية، وربما يطلب منه قسط اضافي إذا زاد نصيبه في تحملها عما دفع.
٣) مسؤولية الجمعيات التعاونية محدودة بقيمة رأس مالها بكونها مؤمِّن، بخلاف مسؤولية الهيئات والجمعيات التبادلية غير محدودة[٥].

النوع الثالث: التأمين الاجتماعي:

عرفه الدكتور محمد مبارك حجير بأنه: "وسيلة تتخذها الحكومة لتحقق الضمان الاجتماعي، وبمقتضاها يدفع الأفراد اشتراكات محددة المقدار والعدد، ويحصلون على اعانات نقدية وخدمات عينية عند وقوع مخاطر معينة وبشروط يحددها القانون"[٦]، واذا نظرنا إلى التعريف فإنه يختلف عن النوعين السابقين، لأنه يتحدث عن تطبيق نظام يقوم بضمان دخل يحل محل الكسب عند انقطاعه، ويقوم بتغطية النفقات الاستثنائية الطارئة.

وهو الذي تقوم به الدولة غالباً على تأمين مَن يعتمدون في حياتهم على كسب عملهم من الأخطار التي يتعرضون لها، ويقوم على اساس فكرة التكافل الاجتماعي، بقصد حماية أصحاب الدخل المأجور عند عجزهم عن العمل، أو بلوغهم سن الوفاة، أو حصول المرض، أو أضرار العمل أو غيرها مما تكون العبء تقع على عاتق الدولة غالباً[٧].

والذي يعنينا إلى مزيد توثيق وايضاح ما يتصل بموضوعنا بعدم معارضة المصلحة، في حكم التأمين التجاري أو التأمين بقسط ثابت، مع ذكر اقرب المعاني لربطه بعنوان المطلب، يقوم

---

[١]) سوى اشتراك العضوية.
[٢]) ينظر: المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، محمد شبير، ص ٨٦.
[٣]) ينظر: إدارة الخطر والتأمين، منظور إداري كمِّي وإسلامي، ص ١١٨.
[٤]) أكثر الكاتبين لا يميزون بين التأمين التبادلي والتأمين التعاوني، فيعتبرونهما واحداً، وهذا النوع هو الأكثر شهرة عند الباحثين وربما عبَّروا عنه بأحد اللفظين، فيطرو أن يجمع بين ميزتهما.
[٥]) ينظر: إدارة الخطر والتأمين، الدكتور سلمان زيدان، ص ٢٥٣.
[٦]) الضمان الاجتماعي، د. محمد حجير، دراسة مقارنة، القاهرة/ دار الهنا للطباعة والنشر، ١٩٥٦م، ص ٧٢.
[٧]) ينظر: التأمين الاجتماعي في ضوء الشريعة الإسلامية، د. عبد اللطيف محمود آل محمود، ص ٦٤.

على أساس منع ما يجوز لئلا يتطرق به إلى ما لا يجوز، ولهذا الفصل تعلق قويٌّ بوفرة التحيل بدليل سد الذرائع، في حالة أفضاء الأمور الصالحة إلى مفاسد فيما يتعلق بعقد التأمين التجاري.

يجدر بنا بيان حقيقة واقع عقد التأمين التجاري المنظم التي يثار عليه الجدل في أيامنا هذه بدافع الضرورة، أو على أقل تقدير الحاجة، للحصول على معاوضة مالية تجارية بزعمهم من أجل جلب مصلحة ودرء مفسدة، لينتهي الأمر بخروج العقود المالية التقليدية عن مسارها الصحيح[١].

الفرع الثالث: حكم التأمين التجاري عند العلماء المعاصرين

تقوم فكرة التأمين على مبدأ تجميع الأخطار بحيث يتم توزعها على جميع المشتركين لتعويض خسارة الشخص المتضرر، ولهذا يعتبر التأمين عملية جماعية تهدف إلى المناصرة والمساعدة والمساندة في حال تعرض أحدهم للخسارة جراء تحقق خطر معين، فيتضح معالم عقد التأمين بكل أنواعه وأشكاله المعروفة بأنه عبارة عن معاملة يحكمها نظام تعاقدي يقوم على أساس المعاوضة.

وكما اختلف الفقهاء القدامى حول اصطلاح سد الذرائع في فنِّ الأصول، فقد تعددت آراءُ العلماء المعاصرين حول عقد التأمين العام، ويمكن الخلوصُ إلى أن هذه الآراء تلخصتْ في رأيين أساسيين متضادين ومتعارضين في موقفيهما، ورأي ثالث يُوفق بينهما، فحكم التعامل به أنقسم إلى محرم لجميع أنواع التأمين، ومجيز له أجمعه، ومجيز لبعضه، ولكنَّ موضوعنا يتعلق بعقد التأمين التجاري فقط، فقد أختلف العلماء المعاصرون إلى قولين، وإليك بيان ذلك.

رأي الأول: القائلون بعدم جواز عقد التأمين وأدلته:

فقد برز عدد من العلماء المتأخرين والمعاصرين والذين ذهبوا إلى أن التأمين بأنواعه غير جائز شرعاً، وهذا الرأي ذهب إليه وقال به: الشيخ نجم الدين الواعظ، الشيخ محمد بخيت المطيعي، الشيخ محمد أبو زهرة، الشيخ عبد الله القليقلي، الشيخ طه الديناري، الشيخ محمد عبد اللطيف السبكي، هؤلاء وغيرهم ذهبوا إلى أن التامين غير جائز شرعاً[٢]، واستندوا من عدة وجوه أهمها:

(١) التأمين ربا: لأنه مبادلة نقود بنقود متأخرة عنها في الأجل عنها وفي المقدار، ففيه ربا النسيئة لتأخر قبض أحد العوضين في مبادلة المال الربوي، وفيه ربا الفضل لزيادة أحد العوضين في الجنس الربوي الواحد، هذا اضافة إلى أنه صرف تأخر فيه القبض أحد عوضيه فهو فاسد، وكلاهما محرم بالنص والإجماع[٣].

فيستفيد المؤمَّن له في حالة وقوع الخطر على المبلغ الذي دفعه مقسطاً مع زيادة من المال بلا عوض، وهذه الزيادة ربا، مع احتساب الفائدة عند التأخر في سداد

---

[١]) ينظر: المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، محمد شبير، ص ٨٨.

[٢]) ينظر: موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، د. علي السالوس، ص ٣٨٢، إدارة الخطر والتأمين، منظور إداري كمِّي وإسلامي، ص ٢٢١.

[٣]) ينظر: الغرر وأثره في العقود، د. محمد الأمين الضرير، مطبوعات مجموعة دلة البركة/جدة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٤م، ص ١٣٢.

الاقساط المستحقة، وكما ظهر أن شركات التأمين تستثمر أموالها في نشاطات ربوية ما يؤكد ذلك[1].

(٢) التأمين قمار: بسبب أنه لا يقوم إلا على عنصري الخطر والاحتمال، فهذان العنصران هما المؤثران للتأمين، فهو والقمار على حد سواء، فالتأمين محرم بالإجماع، ودخل في عموم النهي عن الميسر في قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّمَا ٱلۡخَمۡرُ وَٱلۡمَيۡسِرُ وَٱلۡأَنصَابُ وَٱلۡأَزۡلَٰمُ رِجۡسٞ مِّنۡ عَمَلِ ٱلشَّيۡطَٰنِ فَٱجۡتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمۡ تُفۡلِحُونَ ﴾[2].

(٣) التأمين غرر: لأنه من أركان عقد التأمين التي لا يوجد بدونها الخطر، ويشترط الخطر عدة شروط:

أ- أن يكون الخطر محتمل الوقوع، فلا يكون مستحيل الوقوع ولا مؤكدَ الوقوع.

ب- ألا يكون الخطر محكوماً بإرادة أحد الطرفين، بل يكون ذلك موكولاً الى القدر وحده.

ت- أن يكون الخطر مشروعاً، فلا يجوز التأمين من الأخطار المترتبة على الأتجار بالمخدرات. فالغرر عنصر ملازم لعقد التأمين التي يتميز بها، وهذا يجعله من الغرر المنهي عنه، وإذا وقع الغرر ولم يكن يسيراً في عقود المعاملات أبطلها[3]، وقد نهي النبي صلى الله عليه وسلم: ((عن بيع الغرر))[4].

(٤) التأمين من الرهان المحرم: لم يبح الشرع من الرهان إلا ما فيه نصرة للإسلام وظهوره، وقد حصر النبي صلى الله عليه وسلم بقوله: ((لَا سَبَقَ إِلَّا فِي خُفٍّ، أو نَصْلٍ، أو حَافِرٍ))[5]، وليس التأمين من ذلك ولا شبيهاً به، بالإضافة إلى الجهالة والغرر والمقامرة فكان محرماً، بموجب عقد لا يعرف أحدهما نتيجته ربحاً أو خسارةً[6].

(٥) التأمين يشبه الغبن: عقد التأمين فيه أخذ مال الغير بلا مقابل، والأخذ بلا مقابل في عقود المعاوضات محرم لدخوله في عموم النهي في قوله تعالى: ﴿ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ ﴾[7]، ولعدم وضوح محل العقد وهو أحد أركانه إذ لابد من إيجاده ومعلوميته لدى المتعاقدين[8].

❖ **مناقشة الأدلة:**

الدليل الأول: إن التأمين بجميع أنواعه لو تحقق فيه القول باشتماله الربا لكان ذلك كافياً في القول بحرمته، ولا نعلم في القول ببطلان أي عقد يشتمل على الربا خلاف بين أهل العلم، والنصوص القطعية متوافرة في ذلك، ولكن هل ثبت في عقد التأمين على ما ذكر من ربا بطريقة

---

[1]) ينظر: إدارة الخطر والتأمين، الدكتور سلمان زيدان، ص ٢٥٦.

[2]) سورة المائدة: الآية ٩٠.

[3]) ينظر: الغرر وأثره في العقود، د. محمد الأمين الضرير، ص ١٣٢.

[4]) آخرجه مسلم، كتاب المساقاة – باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر - رقم الحديث – ١٥١٣ -.

[5]) اسناده صحيح، ينظر: مسند الإمام أحمد، المحقق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، ١٢٩/١٦.

[6]) ينظر: إدارة الخطر والتأمين، منظور إداري كمّي وإسلامي، ص ٢٢٢- ٢٢٣، التأمين الاجتماعي في ضوء الشريعة الإسلامية، د. عبد اللطيف محمود آل محمود، ص ٣١٢.

[7]) سورة النساء: من الآية ٢٩.

[8]) ينظر: موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، د. علي السالوس، ص ٣٨٤.

واضحة؟ نستطيع أن نتبين عن طريق التعرف على محل العقد في التأمين، فلا يوجد صرف نقد بنقد كما هو الحال في الصيرفة، فليس لدينا نقود بنقود، إنما هو التزام بأن يؤدي شخص مالاً في مقابل أن يكون الثمن إيراداً عند وقوع الخطر، فعقد التأمين عقد معاوضة مالية كالبيع[1].

الدليل الثاني: تشبيه عقد التأمين وما يترتب عليه من الضمان بعقود الميسر والقمار فيه نظر، لأن العملية معتمدة على التأمين المتبادل بين المشتركين أو التزام الشركة، وما يدفعه كل فرد منهم هو تبرع منه لهذه المحفظة التي يحصل منها التعويض، في حال وقوع المكروه عليه[2].

عليه[2].

الدليل الثالث: الاعتراض على وجود الغرر والمخاطرة في عقد التأمين الذي يدفعه المستأمن للشركة مقابل التعويض عن الخطر، فلا حق له الاعتراض على الايراد، حيث إن الشركة هي التي تقدره بحسب ما تراه مناسباً، فالعقد إذن عقد إذعان، وكما أنه من عقود التراضي[3].

الدليل الرابع والخامس: تشبيه عقد التأمين بالرهان المحرمة والغبن مغالطة لبعدهما عن الأخر، لأن الرهان ثبت ما فيه نصرة للإسلام وظهور لإعلائه بالحجة والسنان، وقد حُصر في ثلاثة مواضع كما مر آنفاً، بينما عقد التأمين وفق ضمان المجهول مع ترتب المعاوضة المالية من كلا الطرفين، فلم يحصل الغبن ولم يكن شبيهاً بالرهان المحرمة[4].

رأي الثاني: القائلون بجواز عقد التأمين وأدلته:

وهذا الاتجاه أجاز عقد التأمين بأنواعه المختلفة، وهذا الرأي ذهب إليه وقال به: الشيخ عبد الوهاب الخلاف، الدكتور مصطفي الزرقاء، الدكتور محمد البهي، وهم قليل بالنسبة لمن خالفهم، ويمكن إجمال آراء هذا الفريق في القول بأنهم استندوا إلى القياس في الحكم والرأي الذي توصّلوا إليه، وتتلخص هذه الآراء في الامور الأتية:

(١) الأصل في العقود الإباحة: ومن هذه المباحات عقد التأمين كأحد العقود التي لم يرد نصٌ بتحريمه.

(٢) التأمين يشبه عقد الموالاة: ويتلخص عقد الموالاة بأنه يقول شخص مجهول النسب للعربي (أنت وليي تعقل عني إذا جنيت وترثني إذا أنا مت)، والعقْل هنا هو دفع التعويض المالي في وقوع جريمة القتل بالدية، وهو أحد أشكال عقود التأمين، لكونه يتحمل مسؤولية مجهول النسب مع ما تحتويه من اضرار ولهذا يشبه عقد الموالاة عقد التأمين من حيث تحمل المسؤولية فقط، وأخذ به بعض الفقهاء[5].

---

[1]) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق أحمد السنهوري، ١١٣٩/٢.

[2]) ينظر: إدارة الخطر والتأمين، منظور إداري كمِّي وإسلامي، ص ٢٠٣.

[3]) ينظر: موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، د. علي السالوس، ص ٣٦٦ وما بعدها.

[4]) ينظر: منهج استنباط احكام النوازل الفقهية المعاصرة، مسفِر بن علي بن محمد القحطاني، ص٦٢٧.

[5]) ينظر: المبسوط، السرخسي، ٨١/٨، بدائع الصنائع، الكاساني، ١٧٠/٤.

(٣) التأمين يشبه عقد الاستئجار على الحراسة: وهو قول الشخص للحارس الاجير: "اسلك هذا الطريق فإنه آمن، فإن أخذ مالك فأنا ضامن لذلك، أو في عقد المعاوضة"[١]، عندها يتوجب على القائل تعويض أي خسارة يخسرها السالك في حال وقوعها بسبب سلوك هذا الطريق، فهكذا الحال في عقد التأمين الذي يبذلُ فيه المستأمِن جزءاً من ماله في سبيل الحصول على الأمان من نتائج الأخطار التي يخشاها[٢].

(٤) ثَمَّ شبهاً بين التأمين والجعالة: أن الشخص في عقد الجعالة يلتزم بدفع مبلغ من المال لمن يقوم له بعمل معين مع جهالة المحل، وفي التأمين يلزم المؤمِّن بدفع مبلغ التأمين للمؤمَّن له إذا قام بعمل معين، وهو دفع الأقساط، وبما أن الجعالة جائزة فكذلك عقد التأمين[٣].

(٥) قياس عقد التأمين على السلم: إن الشرع قد اجاز السلم نظراً لحاجة الناس إليه، رغم ما فيه من الجهالة، حيث إنه معدوم، والناس كذلك في حاجة إلى التأمين، فيكون كالسلم رغم ما قد يكون فيه من المحاذير[٤].

(٦) التعاون المستحسن: فمنهم من خرَّجه على أنه من التعاون المحبب، لأن الشارع لم يحصر الناس في الأنواع المعروفة من العقود، بل لهم أن يبتكروا أنواعاً جديدة تدعوهم حاجة الأمة إليها، وأنه محقق في عقد التأمين لمساندة الإنسان لغيره، ومساندة الغير له في تحمل الكوارث والصعاب[٥]، وهو داخل في قوله تعالى:﴿ وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ﴾[٦].

(٧) قياس عقد التأمين على نظام العاقلة في الاسلام: ويتلخص أنه إذا وقع أحد في جناية غير عمد محض، فإن دية النفس توزع على أفراد عشيرته الذين يحصل بينه وبينهم التناصر عادةً لما فيه من المصلحة والتعاون، فما المانع إذاً من أن يستفاد من ذلك لتنظيم هذا التعاون على ترميم الكوارث المالية بجعله ملزماً بطريق التعاقد والارادة الحرة، كما جعله الشرع إلزامياً دون تعاقد في نظام العاقلة[٧].

❖ **مناقشة الأدلة:**

---

[١]) المحيط البرهاني في الفقه النعماني، ٣٨٧/٩.

[٢]) ينظر: مجمع الضمانات، أبو محمد غانم بن محمد البغدادي الحنفي (المتوفى: ١٠٣٠هـ)، دار الكتاب الإسلامي، ص ١٥٦.

[٣]) ينظر: منهج استنباط احكام النوازل الفقهية المعاصرة، مسفِر بن علي بن محمد القحطاني، ص٦٢٧.

[٤]) ينظر: التأمين في الشريعة والقانون، د. غريب الجمال، طبعة دار الشرق الأوسط/ جدة، ١٩٧٧م، ص١١١.

[٥]) ينظر: الغرر وأثره في العقود، د. محمد الأمين الضرير، ص ٦٥٠.

[٦]) سورة المائدة: من الآية ٢.

[٧]) ينظر: إدارة الخطر والتأمين، منظور إداري كمِّي وإسلامي، ص ٢١٠.

الدليل الأول: الاستدلال بالإباحة الأصلية لا تصلح دليلاً هنا، لأن عقود التأمين قامت على مناقضة ومخالفة مضمون الأدلة القطعية، والعمل بالإباحة الأصلية مشروط بعدم المناقضة عنها وقد وجد فبطل الاستدلال بها[1].

الدليل الثاني: قياس عقود التأمين على ولاء الموالاة قياس مع الفارق، لأن هدف التأمين وجود الكسب المادي بالأصالة، بخلاف عقد الولاء عند من يقول به، فالمراد منه التآخي والتناصر في الشدة والرخاء وسائر الأحوال، والكسب المادي يكون فيه بالتبع[2].

الدليل الثالث: يوجد فوارق بين عقد التأمين وعقد الحراسة، ومن الفروق أن الأمان ليس محلاً للعقد في المسألتين، وإنما الأقساط ومبلغ السداد هو محل عقد التأمين، وفي الحراسة الأجرة وعمل الحارس وإلا لما استحق الحارس الأجرة عند ضياع المحروس، وأما الأمان فيهما فغاية ونتيجة وليس لها حقيقة عند ثبوت العقد فهي من الأمور المعنوية[3].

الدليل الرابع: أن عقد التأمين يتضمن دفع القسط مقدما والتعويض غير معلوم، وفي عقد الجعالة عكس ذلك، بأن يجعل الرجل للرجل أجراً معلوماً على أن يعمل له في زمن معلوم أو مجهول مما فيه منفعة للجاعل، بينما التعويض من قبل الشركة مما لا منفعة فيه للمؤمِّن.

الدليل الخامس: إن الشرع قد اجاز السلم نظراً لحاجة الناس إليه، رغم ما فيه من الجهالة والغرر، حيث إنه معدوم، وليس كذلك الحاجة إلى عقد التأمين، فلا يكون كالسلم لما فيه من المحاذير، والغرر الفاحش، وباعثها الربح المادي فلا يغتفر فيها ما يغتفر في غيرها مع ورود النص، ولهذا أختلف الفقهاء في الشروط المعتبرة في عقد السلم لتحقق الجهالة والغرر، فلا يقاس عليه[4].

الدليل السادس: أن التعاون المستحسن يكون عبر التراضي بين الطرفين على أخذ مالٍ بطريق مخصوص فيكون حلالاً، فقد ورد بالسنة بمسلك واضح، جعله رسول الله صلى الله عليه وسلم طريقاً لأخذ المال من خلال التسامح والتراضي بقوله: ((لا يحل مال أمريءٍ مسلم الا بطيب نفس منه))[5]، وهذا غير متحقق في عقد التأمين الذي هو من عقود المعاوضات المالية التجارية التي يقصد بها استغلال الشركات للمستأمنين والكسب من ورائهم بطرق غير مشروعة[6].

الدليل السابع: قياس التأمين على العاقلة قياس مع الفارق، لأن نظام العاقلة مبني على التواصل واسداء المعروف دون مقابل، وعقود التأمين مبني على استغلالية تقوم على معاوضات مالية محضة لا تنتمي إلى عاطفة الإحسان وبواعث المعروف بصلة[7].

---

[1]) ينظر: منهج استنباط احكام النوازل الفقهية المعاصرة، مسفِر بن علي بن محمد القحطاني، ص٦١٧.
[2]) ينظر: المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، محمد شبير، ص ١٠٧.
[3]) ينظر: موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، د. علي السالوس، ص ٣٩٠.
[4]) ينظر: إدارة الخطر والتأمين، الدكتور سلمان زيدان، ص ٢٦٥.
[5]) السنن الكبرى، البيهقي، صحيح لغيره وإسناده ضعيف وله شواهد يتقوى بها ويصح ينظر : مسند الإمام أحمد بن حنبل، بأحكام شعيب الأرنؤوط عليها – ١١٣/٥ .
[6]) ينظر: منهج استنباط احكام النوازل الفقهية المعاصرة، مسفِر بن علي بن محمد القحطاني، ص٦٢٧.
[7]) ينظر: موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، د. علي السالوس، ص ٣٩٢.

الترجيح:

والذي يبدو لي أن فكرة التأمين بكل أنواعه وأشكاله المعروفة تقوم على أساس المعاوضة التي يحكمها النظام التعاقدي، وغايته التعاون لإزالة المخاطر بواسطة شركات التأمين التي تصدر عقود التأمين بصورة فنية قائمة على أسس وقواعد إحصائية، وإن الغرر ملازم لعقد التأمين على أي صيغة، ذلك أن التأمين يتعلق بأمور غيبية لا يعلمها الا الله.

فكل العقود التأمينية قائمة على فكرة تفتيت الأضرار وترميمها ونقلها عن رأس المصاب وتوزيعها على أكبر عدد ممكن، وهذا من جانب أصل العقد الذي يعتمد على خمس ركائز وهي (المؤمِّن، المؤمَّن له، محل التأمين، القسط التأميني، التعويض في حالات الاقتضاء)، فلا شك أن جميع أنواع التأمين يعتمد في اجرائه وترتيب أحكامه على تلك الاجراءات، أما شركات التأمين التجارية الحالية لا يجيزها أحد من حيث المضمون، فقد قال الشيخ مصطفي الزرقاء إن شركات التأمين التجاري تتعامل بالربا وتضع المال في البنوك الربوية، وأنا لا احل هذا مطلقاً، وعليه لا يمكن أن نأخذ برأي الإجازة بالتأمين مع قرارات المجامع الفقهية التي لا تجيز التعامل بالتأمين التجارية، وعلى سبيل المثال يتبين بأنه نظام عام تنتهجه الدولة لنشر الحماية بين مواطنيها، ويكون التأمين التجاري من عقود المعاوضات المالية الاحتمالية المشتملة على الغرر الفاحش، ذات الصلة بالمصارف الربوية مقابل التأمين التجاري، فالهدف مشترك وهو تحقيق أكبر قدر من الأرباح، يستوي في هذا الطريق الربا وغيره[١].

قد تم عرض جميع هذه الآراء ويرى الباحث إذا اجتنبت الشركات التعامل مع البنوك الربوية، التوقف من دون ترجيح رأي على أخر لتساوي الأدلة، ولصعوبة الترجيح على ما تبين من أقوال الفقهاء في موضوع التأمين، وأنه موضوع ذو أهمية بالغة من حيث حصول البلوى به في غالب مجالات حياتنا، وأنه نازلة عصرية يجب تكثيف الجهود لبحثه من قطاعات علمية ومهنية مختلفة، ومن جهات ذات اختصاص، لكي يستقصي الباحث الحقيقة ويزن العملية التأمينية الخاصة بعمله بميزان الشريعة السمحة، ويستعين بالعلماء أصحاب التخصص وممن هم أهل لبحثه من حيث المقدرة الفقهية، وبُعد النظر من حيث التدبر والاعتبار والتصور والقدرة على تطبيق الأحداث والنوازل على أحكامها الشرعية.

وأنّ جميع ما ذكروه من الناحية الإجمالية لا خروج له عن الظن، فهل يمكن الحكم بصحته والاحتجاج به فيما نحن فيه؟ مع الأخذ في الاعتبار والنظر أن الأصل في المعاملات الجواز، واستئناساً بقوله صلى الله عليه وسلم: ((أَنْتُمْ أَعْلَمُ بِأمر دُنْيَاكُمْ))[٢]، وأن ما تتحقق به مصالح المسلمين وحفظ اموالهم أمر مشروع، والقول بالوقف عن الحكم، بالجواز وعدمه إلى حين ظهور الترجيح، فلابد من الباحث أن يلتزم التجرد والتعصب لقول معين حتى تظهر وجاهته واعتبار صحته، انطلاقاً من مبدأ، الحكمة ضالة المؤمن.

وإن قيل بوجوب الترجيح وامتناع التعارض من كل وجهٍ فليس اختصاص الجواز أولى من الحرمة، نظراً إلى غلبة ورود أدلة المانعين، وافتى بعدم جوازه كل اللقاءات الفقهية التي تناولت موضوع التأمين التجاري[٣]، يكاد يكون موافقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية، لكونه أقرب إلى وجود شبهة الربا، ولبُعد الأدلة، ولم يفتِ بجوازه الا القليل، حيث نظروا إلى أصل العقد مع اعتقادهم بحرمته بما

---

[١]) ينظر: موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، د. علي السالوس، ص ٤٧٧.

[٢]) صحيح مسلم، باب وجوب امتثال ما قاله شرعاً، ١٤١ (٢٣٦٣)، ١٨٣٦/٤.

[٣]) ينظر: موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، د. علي السالوس، ص ٣٨٤.

يحتويه من الأمور الربوية، وعليه لا يمكن أن نأخذ برأي الإجازة بالتأمين مع قرارات المجامع الفقهية التي لا تجيز التعامل بالتأمين التجارية[١].

الفرع الرابع: أثر سد الذرائع في استنباط حكم عقد التأمين التجاري

لهذا الفرع تعلّقٌ قويٌ بمبحث سد الذرائع، إلا أن الذرائع يراد منه أعمال تفضي إلى فسادٍ، سواءٌ قصد الناس به إفضاءه إلى فسادٍ أم لم يقصدوا، وعقد التأمين التجاري من عقود المعاوضات المالية الاحتمالية المشتملة على الغرر الفاحش، لأن المستأمن لا يستطيع أن يعرف وقت العقد مقدار ما يعطي أو يأخذ، وأنّ إفضاءَ الأمور الصالحة إلى مفاسد شيءٌ شائعٌ في كثير من الأعمال، وهو متحقق بكثير من المعاملات المالية المعاصرة ومنها التأمين التجاري، فاعتبار الشريعة بسدِّ الذرائع يحصل عند ظهور مفسدة المآل على مصلحة الأصل، فهذه هي الذريعة الواجب سدُّها[٢].

وإذا تأملنا لمقومات عقد التأمين التجاري قد توفرت ولكنها بُنيت على الجهالة والغرر لعقد التأمين على أي صيغة، فكل العقود التأمينية قائمة على فكرة تفتيت الأضرار وترميمها، ونقلها عن رأس المصاب وتوزيعها على أكبر عدد ممكن، ومع كل ذلك لا يخلو العقد من وجود شبهة الربا للمعاوضة المالية وقت العقد لكل الطرفين، ولبُعده عن التعاون، وأن الأفعال ترجع إلى قاعدة تعارض المصالح والمفاسد، لوجدنا الاعتداد ببعض هذه الذرائع دون بعض، وهذا يرجع إلى التوازن بين ما في الفعل الذي هو ذريعةٌ من المصلحة وما في مآله من المفسدة، فما وقع منعه من الذرائع قد عظم فيه فسادُ مآله على صلاح أصله، مثل التأمين التجاري، يعدُّ ضرباً من ضروب المقامرة بوصل النظر عن مآلها لما من المخاطرة في معاوضات مالية، ومن الغرم بلا جناية أو تسببٍ فيها، ومن الغنم بلا مقابل أو مقابل غير مكافئ، فإن المستأمن قد يدفع قسطاً من التأمين ثم يقع الحادث فيغرم المؤمِّن كل مبلغ التأمين، وقد لا يقع الخطر ومع ذلك يغنم المؤمِّن أقساط التأمين بلا مقابل، وقد استحكمت فيه الجهالة والقمار[٣].

فمقصد سدُّ الذريعة مقصدٌ تشريعيٌّ عظيمٌ استفيدَ من استقراءِ تصرفات الشريعة في تنفيذ مقاصدها، فيُرجعُ مراعاة هذه الذرائع إلى حفظ المصالح ودرء المفاسد، وذلك تابع لمقدار اتضاح الإفضاء إلى المفسدة وخفائه وكثرته وقلته ووجود معارض ما يقتضي إلغاء المفسدة وعدم المعارض، وتوقيت ذلك الإفضاء ودوامه، فذلك وجه الاعتداد بالتهمة فيها، فالأصل في الأعمال الإباحة، ولكن عقد التأمين التجاري يؤول إلى مناقضة الأدلة، لاشتماله على أنواع من الربا، وذلك ان الشركة إذا دفعت للمستأمن أكثر مما دفعه من النقود لها فهو ربا الفضل، والمؤمِّن يدفع ذلك للمستأمن بعد مدة فيكون ربا النسيئة، وإذا دفعت الشركة للمستأمن مثل ما دفعه لها يكون ربا النساء أو ربا اليد، والجميع محرم بالنص والإجماع، وفي عدم لزوم شيء في وقت معلوم، ربما يتخذ ذلك ذريعة للأضرار بكل الأطراف، اعتماداً عن الالتزام بين الطرفين المشتملة على الغرر الفاحش المجهول، فهكذا نجد أثر سد الذرائع في عقد التأمين التجاري ظاهر، ولم يكن له مخرج

---

[١]) ينظر: قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، القرارات من الأول إلى الثاني بعد المائة، (١٣٩٨-١٤٢٤هـ)، ص ٣٤.

[٢]) ينظر: اثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، د. مصطفى سعيد الخن، ص ٥٣٥.

[٣]) ينظر: أثر الادلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، د. مصطفى ديب البُغا، ٦٠٧/٢ وما بعدها.

من اجتناب الالتزام إلا بأداء القسط أو المعاوضة المالية إذا وقعت الكارثة، فاستحكمت فيه الجهالة، ودخل في عموم نهي الرهان المحرم والقمار والميسر.

وفهمُ هذا المعنى يحتاج إلى ذهن تَرتَسِم فيه المفردات، وإلى قوةٍ مُفكرة تنسب بعض هذه المفردات إلى بعض، فمنع عقد التأمين التجاري طالما جُهلتْ المنافع، ففيه أخذ مال الغير بلا مقابل، ضمن عقود المعاوضات التجارية، بما لا يلزم شرعاً، فهو محرم لدخوله في عموم النصوص المعتبرة، فكذلك ما يؤدي إليه ويترتب عليه لكل الطرفين، باعتمادنا في هذا بسد الذرائع، وذلك أنه يدفع المستأمن القسط بما التزم به ولا يقابله شيء، بسبب عدم وقوع الكارثة، أو وقعت الكارثة فيستحق ما التزم به المؤمن، فيعدُّ نوعاً من القمار والربا، كما ويتضمن أصالة تحمل الضرر بأحد الطرفين، عن طريق دفع جميع الأقساط ولا يأخذ المستأمن شيئاً إذا لم يحصل شيء، أو معالجة الحادث بمبلغ باهض مقابل قسطٍ أو قسطين، فالعقد يستهدف التجارة، ويدخله التذرع إلى الربح من أموال جميع الأطراف فيرد العقد سداً للذريعة[1].

يقول الإمام الشاطبي في أهمية اعتبار النظر إلى المآلات: "النَّظَرُ فِي مَآلَاتِ الْأَفْعَالِ مُعْتَبَرٌ مَقْصُودٌ شَرْعًا كَانَتِ الْأَفْعَالُ مُوَافِقَةً أو مُخَالِفَةً، وَذَلِكَ أَنَّ الْمُجْتَهِدَ لَا يَحْكُمُ عَلَى فِعْلٍ مِنَ الْأَفْعَالِ الصَّادِرَةِ عَنِ الْمُكَلَّفِينَ بِالْإِقْدَامِ أو بِالْإِحْجَامِ إِلَّا بَعْدَ نَظَرِهِ إلى مَا يَؤُولُ إليه ذَلِكَ الْفِعْلُ، مَشْرُوعًا لِمَصْلَحَةٍ فِيهِ تُسْتَجْلَبُ، أو لِمَفْسَدَةٍ تُدْرَأُ، وَلَكِنْ لَهُ مَآلٌ عَلَى خِلَافِ مَا قُصِدَ فِيهِ، وَقَدْ يَكُونُ غَيْرَ مَشْرُوعٍ لِمَفْسَدَةٍ تَنْشَأُ عَنْهُ أو مَصْلَحَةٍ تَنْدَفِعُ بِهِ، وَلَكِنْ لَهُ مَآلٌ عَلَى خِلَافِ ذَلِكَ، فَإِذَا أَطْلَقَ الْقَوْلَ فِي الْأولِ بِالْمَشْرُوعِيَّةِ، فَرُبَّمَا أَدَّى اسْتِجْلَابُ الْمَصْلَحَةِ فِيهِ إلى الْمَفْسَدَةِ تساوي المصلحة أو تزيد عليها، فيكون هَذَا مَانِعًا مِنْ إِطْلَاقِ الْقَوْلِ بِالْمَشْرُوعِيَّة وَكَذَلِكَ إِذَا أَطْلَقَ الْقَوْلَ فِي الثَّانِي بِعَدَمِ مَشْرُوعِيَّةٍ رُبَّمَا أَدَّى اسْتِدْفَاعُ الْمَفْسَدَةِ إلى مَفْسَدَةٍ تساوي أو تَزِيدُ، فَلَا يَصِحُّ إِطْلَاقُ الْقَوْلِ بِعَدَمِ الْمَشْرُوعِيَّةِ وَهُوَ مَجَالٌ لِلْمُجْتَهِدِ صَعْبُ الْمَوْرِدِ، إِلَّا أَنَّهُ عَذْبُ الْمَذَاقِ مَحْمُودُ الْغَبِّ، جَارٍ عَلَى مَقَاصِدِ الشَّرِيعَةِ"[2].

فيظهر لنا أنّ سدَّ الذرائع قابل للتضييق والتوسع في اعتباره بحسب ضعف الوازع في الناس وقوته، ففي عقد التأمين التجاري الإلزام بما لا يلزم شرعاً، فإن المؤمِّن لم يحدث الخطر منه ولم يتسبب في حدوثه، وإنما كان منه مجرد التعاقد مع المستأمن على ضمان الخطر على تقدير وقوعه مقابل مبلغ يدفعه المستأمن له، والمؤمِّن لم يبذل عملاً فكان حراماً، لغلبة جانب المفسدة فيه على جانب المصلحة[3].

---

[1]) ينظر: مقاصد الشريعة الإسلامية، ابن عاشور، ص ١٣١.

[2]) الموافقات، ٧٧/٥.

[3]) ينظر: منهج استنباط احكام النوازل الفقهية المعاصرة، مسفِر بن علي بن محمد القحطاني، ص٣٣٣.

الفصل الرابع

فتح الذرائع وأثره في استنباط المعاملات المصرفية المعاصرة

تمهيد

وعلى هذا الاساس مما ينبني على هذا الأصل دليل فتح الذرائع التي يُستدل بها على إثبات بعض الأحكام الشرعية أو نفيها، والأخذ بدليل فتح الذرائع راجع إلى الأخذ بدليل المصلحة، حيث تندرج تحته كثير من النوازل المعاصرة لتحقق كثيراً من المصالح الدينية والدنيوية للعباد، فالنظر لصلة مبدأ فتح الذرائع بمفهوم المصلحة كثيرة وقوية، يرتكز عمق فتح الذرائع أساساً على وجود مصلحة راجحة في مآل الفعل، وإن استعمال مصطلح مآل الافعال يترتب لدليل الذرائع، وقد يكون اقرب إلى استنباط الحكم وأطلاقه[١].

فدليل فتح الذرائع يقوم على أساس إجازة ما لا يجوز ابتداءً بوفرة التحيل، ولهذا الفصل تعلق قويٌ مراعاة ميزان الشريعة ومقاصده، لذا ستكون دراسة هذا الفصل في مبحثين.

أما أحدهما فهو فتح الذرائع، ماهيته، وأقسامه، وحجيته، وضوابط العمل به، وأما المبحث الأخر فهو أثر فتح الذرائع في استنباط أحكام المعاملات المصرفية المعاصرة، وبيان تطبيقاته المصرفية المعاصرة، من خلال مطلبين.

أحدهما أثر فتح الذرائع في التورق الفردي،

وأما الآخر أثر فتح الذرائع في التأمين التعاوني.

ويستمد هذا الفصل جزءاً من عنوانه الرئيسي مما دونه علماء الأصول مما له علاقة باستخراج الأحكام الفرعية، لكنه ليس مستقلاً عن غيره، وربطها بالجانب الاقتصادي، لأن الاستعانة بالمصادر التبعية لاكتشاف أحكام الله في الجزئيات المستحدثة أمر يجب أن لا ينكره أي مسلم عنده الإحاطة بأبعاد كليات المصادر الرئيسية وروحها[٢].

المبحث الأول

فتح الذرائع

تعريفه، أقسامه، حجيته، القواعد الفقهية المتعلقة به

---

[١]) ينظر: أصول الفقه الميسر، د. شعبان محمد إسماعيل، دار الكتاب الجامعي، الطبعة الأولى، القاهرة، سنة ١٩٩٤م، ١٣٨/٢.

[٢]) إعلام الموقعين عن رب العالمين، ١٠٨/٢.

يحاول هذا المبحث ان يسلط الضوء على مفهوم فتح الذرائع وأقسامه وحجيته، والكلام في هذا الموضوع قليل، والدراسات فيه نادرة الذي اشتبكت بشأنه الآراء من الناحية الموضوعية، وتضاربت فيه وجهات النظر، ثم تفريع شواهد من الأدلة على العمل بفتح الذرائع، ومواقف الفقهاء من الذرائع في مختلف المذاهب، وتطبيقاتهم الفقهية في داخل هذه المذاهب.

المطلب الأول: تعريف فتح الذرائع

ان التعريف بفتح الذرائع يكون باعتبارين، أما الأول فهو تعريف من حيث أنه مركب إضافي، وأما الآخر فتعريفه من حيث أنه علم، فتح الذرائع مركب إضافي من كلمتين، ولا يمكن معرفة المركب الإضافي الا بمعرفة أجزائه، فلابد من تعريف كل منهما على حدة.

❖ التعريف اللغوي لفتح الذرائع[١]:

الفتح لغةً: نقيض الإغلاقِ ومن معانيه تقول: "كلُّ مَا يُتَوَصَّل بِهِ إلى اسْتِخْرَاجِ المُغْلَقَات الَّتِي يَتَعذَّر الوُصُول إليها... ومَن كَانَ فِي يَده مَفَاتِيح شَيْءٍ مَخْزُون سَهُلَ عَلَيْهِ الْوُصُولُ إليه"[٢]، وليس هنالك خلاف بين العلماء في جواز استعمال لفظ فتح لوروده في النصوص الشرعية، كقول النبي صلى الله عليه وسلم: ((وَإِنِّي أُعْطِيتُ مَفَاتِيحَ خَزَائِنِ الأَرْضِ))[٣]، فيدل على معنى "توسعة الضيق حسا ومعنى"[٤].

الفتح اصطلاحاً: وقال الراغب[٥]: إزالة الاغلاق والإشكال"[٦]، كالفتح على الإمام في الصلاة.

ومعنى فتح الذرائع، يبين لنا من خلال التعريفات ما قُصدَ به الحيلولة دون الوصول إلى المفسدة، لأن الفساد ممنوع شرعاً، فإذا كانت النتائج والمآلات تفضي إلى مصلحة، فالمصلحة مطلوبة شرعاً، والوسيلة إليها مطلوبة كذلك، وهنا يتم فتح الذرائع، والأخذ بها، ففتح الذرائع يعني تيسير الوسائل الميسر لحفظ الإنسان وحياته، فهو عامل خير، وسد الذرائع يعني عرقلة الحياة، وهدم آمال الإنسان في البقاء، فهو عامل هدم[٧].

❖ التعريف الاصطلاحي لفتح الذرائع:

---

[١]) وقد سبق تعريف الذرائع والحديث عنها لغة واصطلاحاً في الفصل السابق.

[٢]) النهاية في غريب الحديث والأثر، أبو السعادات المبارك بن الشيباني الجزري ابن الأثير(المتوفى: ٦٠٦هـ)، المكتبة العلمية - بيروت، ١٣٩٩هـ، تحقيق: طاهر أحمد الزاوى - محمود محمد الطناحي، ٤٠٧/٣.

[٣]) صحيح البخاري، باب في الحوض، رقم الحديث ٦٥٩٠، ١٢١/٨، صحيح مسلم، باب الحوض، رقم الحديث ٣٠ (٢٢٩٦)، ١٧٩٥/٤.

[٤]) التوقيف على مهمات التعاريف، المناوي، ص ٢٥٦.

[٥]) هو الحسين بن محمد بن المفضل، أبو القاسم الأصفهاني (أو الأصبهاني) المعروف بالراغب: أديب، من الحكماء العلماء، من أهل (أصبهان) سكن بغداد، واشتهر، حتى كان يقرن بالإمام الغزالي، من كتبه (محاضرات الأدباء، الذريعة إلى مكارم الشريعة، المفردات في غريب القرآن"، ينظر: الأعلام، ٢٥٥/٢.

[٦]) المفردات في غريب القرآن، الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهانى (المتوفى: ٥٠٢هـ)، المحقق: صفوان عدنان الداودي، دار القلم، الدار الشامية - دمشق بيروت، الطبعة: الأولى - ١٤١٢ هـ، ص ٦٢١.

[٧]) ينظر: سد الذرائع في الشريعة الإسلامية، محمد هشام البرهاني، دار الفكر/ دمشق، الطبعة الأولى، ١٩٨٥م، ص ٩٨.

فلا يبعد كثيراً عن المعنى اللغوي، وفيما وقع تحت يدي على تعريف لفتح الذرائع، إنما وجدته في كتب الأقدمين والمعاصرين تتجه إلى ثلاثة اتجاهات، حيث يتجه البعض في تعريفه بالرسم[1]، بينما يذهب الآخرون إلى التركيز من زاوية أخرى من خلال المقصود والمعنى إذا صحت تسميته بذلك، مع أن المقصود من التعريف توضيح ماهية المعرّف بالحد[2]، وسأقتبس نصوصاً من بعض عبارات الفقهاء ثم أعرِّج على تعريفات للعلماء المعاصرين وصولاً إلى تعريف يميزه عن غيره، وهي:

الاتجاه الأول التعريف بالرسم: لم أطلع في عبارات العلماء القدامى على تعريف اصطلاح بالمعنى الدقيق لحد فتح الذرائع، ولكنني وجدت عبارات شتى ربما من خلالها أن نتعرف ونتلمس منها معناه العام، وتوضيح المقصود منه، ومن هذه العبارات هي:

1) عرفه الإمام العز بن عبد السلام: "قَدْ يَجُوزُ الْإِعَانَةُ عَلَى الْمَعْصِيَةِ لَا لِكَوْنِهَا مَعْصِيَةً بَلْ لِكَوْنِهَا وَسِيلَةً إلى تَحْصِيلِ الْمَصْلَحَةِ الرَّاجِحَةِ وَكَذَلِكَ إذَا حَصَلَ بِالْإِعَانَةِ مَصْلَحَةٌ تَرْبُو عَلَى مَصْلَحَةِ تَفْوِيتِ الْمَفْسَدَةِ"[3].
2) يقول الإمام القرافي في سياق تنبيهات أوردها في هذه الموضوع: "قَدْ تَكُونُ وَسِيلَةُ الْمُحَرَّمِ غَيْرَ مُحَرَّمَةٍ إذَا أَفْضَتْ إلى مَصْلَحَةٍ رَاجِحَةٍ"[4]، كالجلوس في خمّارة العدو لاقتناص روّادها.
3) قال ابن تيمية في تجنب التوسع في دائرة سد الذرائع مع وجود مصلحة راجحة في فتحها وبذلك يقول بأنه: "وَمَا كَانَ مَنْهِيًّا عَنْهُ لِلذَّرِيعَةِ فَإِنَّهُ يُفْعَلُ لأجل الْمَصْلَحَةِ الرَّاجِحَةِ"[5]، كالوقوف مع الإمام الظالم في مواجهة الغزو الخارجي.

الاتجاه الثاني التعريف بالمقصود والمعنى: وقفت على عبارات قريبة من المعنى الأولي من كلام الفقهاء القدامى، ولكنها لا تعد تعريفاً بالحد وما أشبه ذلك.

1) قال الإمام الجويني في باب الأوامر، القول في الصيغة المطلقة "الأمر بالشيء يتضمن اقتضاءً ما يفتقر المأمور به إليه في وقوعه"[6].
2) قول الإمام القرافي في بيانه لوجوب فتح الذريعة: "اعْلَمْ أَنَّ الذَّرِيعَةَ كَمَا يَجِبُ سَدُّهَا يَجِبُ فَتْحُهَا وَتُكْرَهُ وَتُنْدَبُ وَتُبَاحُ فَإِنَّ الذَّرِيعَةَ هِيَ الْوَسِيلَةُ فَكَمَا أَنَّ وَسِيلَةَ الْمُحَرَّمِ مُحَرَّمَةٌ فَوَسِيلَةُ الْوَاجِبِ وَاجِبَةٌ"[1].

---

[1]) وهو تحصيل صورته في الذهن، إما أن يكون تاماً وهو التعريف بالجنس القريب والخاصة اللازمة للمعرّف، مثل تعريف الانسان بالحيوان الضاحك (أي المتعجب)، أو أن يكون ناقصاً، وهو التعريف بالجنس البعيد والخاصة أو الخاصة فقط، مثل تعريف الانسان بالجسم الضاحك أو بالضاحك فقط، ومدار الرسمية على كون المميز عرضياً، وأن مدار التمامية في الرسم والحد على الاشتمال على الجنس القريب.

[2]) وهو تحصيل صورته في الذهن، ومدار الحدية على كون المميز ذاتياً، إما أن يكون تاماً وهو التعريف بالجنس والفصل القريبين مثل تعريف الفرس بالحيوان الصاهل، وإما ناقصاً وهو ما يكون بالجنس البعيد والفصل القريب أو بالفصل القريب وحده، مثل تعريف الفرس بالجسم الصاهل أو بالصاهل فقط.

[3]) ينظر: قواعد الاحكام في مصالح الانام، ص ٨٧.

[4]) الذخيرة، ١٥٣/١.

[5]) مجموع الفتاوى، ابن تيمية، ٢٩٨/٢٢.

[6]) البرهان في أصول الفقه، ٨٥/١.

٣) يقول الإمام القرافي أيضاً في حديثه عن جواز إباحة ما حرِّم سداً للذريعة لأجل الحاجة، وهي مسوغ من مسوغات فتح الذرائع بأنه: "فَلَيْسَ كُلُّ ذَرِيعَةٍ يَجِبُ سَدُّهَا بَلْ الذَّرِيعَةُ كَمَا يَجِبُ سَدُّهَا يَجِبُ فَتْحُهَا وَتُكْرَهُ وَتُنْدَبُ وَتُبَاحُ بَلْ قَدْ تَكُونُ وَسِيلَةَ الْمُحَرَّمِ غَيْرَ مُحَرَّمَةٍ إذَا أَفْضَتْ إلى مَصْلَحَةٍ رَاجِحَةٍ"[2].
٤) العلماء الذين أسهموا في أعداد الموسوعة الفقهية عرفوا فتح الذرائع بأنه: "تَيْسِيرُ السُّبُل إلى مَصَالِحِ الْبَشَرِ"[3].

<u>الاتجاه الثالث التعريف بالحد:</u>

١) يقول الدكتور محمد الطبقجلي: "إجازة الوسائل المفضية في غالب الظن إلى مصلحة راجحة"[4].
٢) عرفه الدكتور خليفة بابكر الحسن: "إباحة الأمر الممنوع إذا ترتبت على إباحته مصلحة"[5].

تجدر الإشارة إلى أن أكثر ما ورد في هذه الاتجاهات لا يعد من التعريفات بالحد وإنما بمعنى الرسم أو بمعناه ومقصوده، التي بنيت على أساس مراعاة المصلحة، ويمكن القول بوجود تعريفاً له الأولوية على بقية التعريفات في بيان حقيقة فتح الذرائع، بعد الاطلاع على ما سبق عرضه من أقوال العلماء، أجد أن تعريف الدكتور محمد الطبقجلي أقرب التعريفات إلى كل ما يتصل بفتح الذرائع، لدقته وأعمامه لكل ما هو جائز[6]، ويمكن من خلال التعريفات السابقة صياغة تعريفاً، الغاية من فتح الذرائع على النحو الآتي:

(إجازة ممنوع ما من شأنه تحصيل الخير من بابه الموضوع له، لجواز الوسيلة الممنوعة المؤدية لمصلحة مقصودة شرعاً في غالب الظن).

المطلب الثاني: أقسام فتح الذرائع

للعلماء تقسيمات مختلفة للذرائع باعتبارات مختلفة، من حيث الجملة متفاوتة، لأنهم يعنون به سدها وفتحها، والذي يعنينا هو تقسيم فتح الذرائع، وهو من حيث الجملة يُعدُّ باعتبارات متقاربة، وعلى اساس هذا المبدأ تترتب عليه النتائج عموماً، إلا أننا سنستعرض في هذا المطلب أهم هذه التقسيمات على أساس الاعتبارات التي اعتبرت بها، من نظر في مآلات الأفعال ونتائجها وغاياتها وثمراتها كالآتي:

١. الوسيلة غير المشروعة في ذاتها والمشروعة في غاياتها:

---

[1]) تنقيح الفصول، ص ٤٤٩.
[2]) ينظر: الفروق، ٤٢/٢.
[3]) الموسوعة الفقهية الكويتية، ٢٨١/٢٤.
[4]) فتح الذرائع وأثره في الفقه الإسلامي، د. محمد رياض الطبقجلي، دار الفجر للطباعة/ العراق، الطبعة الأولى، ٢٠١١م، ص ٣٩.
[5]) ينظر: سد الذرائع عند الفقهاء والأصوليين، د. خليفة بابكر الحسن – مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ١٣٧٣/٩.
[6]) فتح الذرائع وأثره في الفقه الإسلامي، د. محمد رياض الطبقجلي، ص ٤٠- ٤١.

أن تكون الذريعة المفضية إلى المصلحة مفسدة في حد ذاتها، ومثل العلماء لهذا النوع بالكذب، فهو قبيح وغير مشروع لكن قد يصبح حسناً مشروعاً إذا حقق غاية مشروعة ومصلحة راجحة على مفسدته، بأن تحقق مصلحة هي أعظم مما في الكذب من مضرة أو دفعاً لضرر هو أشد مما في الكذب من ضرر، فصحيح أنه صلى الله عليه وسلم لم يرض الكذب ولكنه أجازه إذا لم يجد وسيلة للاصلاح من أن يركب مركب الكذب على مقدار الضرورة، فقد سمعت أمُّ كلثوم بنت عقبة بن أبي مُعَيط رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يقول: ((لَيْسَ الْكَذَّابُ الَّذِي يُصْلِحُ بَيْنَ النَّاسِ، وَيَقُولُ خَيْرًا وَيَنْمِي خَيْرًا))[1].

٢. الوسيلة مشروعة في ذاتها مفضية إلى المفسدة كثيراً لا غالباً:

ذريعة موضوعة للمباح، لم يقصد بها التوصل إلى المفسدة لكنها مفضية إليها كثيراً وخصوصاً في زماننا، ووفق المقاصد الشريعة مصلحتها أرجح من مفسدتها، مع ملاحظة درجة إفضاء الذريعة إلى المفسدة ألا تكون قطعية أو غالب الظن، ومثل له بمسائل بيوع الآجال، فإنها تؤدي إلى الربا كثيراً لا غالباً، بحيث إن هذه الكثرة لا تبلغ مبلغاً يحمل العقل على ظن المفسدة فيه دائماً، وهو موضع نظر والتباس وقد حصل فيه خلاف بين العلماء[2].

٣. الوسائل التي تكون ذريعة إلى تحقيق المصلحة أكثر من أن تكون ذريعة للمفسدة:

وهذا جائز باقٍ على أصله من الإذن فيه، لأن الشارع أناط الأحكام بغلبة المصلحة، ولم يعتبر ندور المفسدة، إذ ليس في الاشياء خير محض ولا شر محض، ولا توجد في العادة مصلحة خالية في الجملة من المفسدة، فالعمل إذن باقٍ على أصل المشروعية، لأن الشريعة جاءت بتحصيل المصالح وتكميلها وتعطيل المفاسد وتقليلها، ويمكن وضع الآلية التطبيقية من خلال الموازنة بين المصالح والمفاسد، ويؤكد ذلك مقتضى القاعدة التي تقول: "الْمُعْتَبَرُ عِنْدَ التَّعَارُضِ الرَّاجِحُ، فَهُوَ الَّذِي يُنْسَبُ إليه الْحُكْمُ، وَمَا سِوَاهُ فِي حُكْمِ المغفَل المطرَح"[3].

وموقع فتح الذرائع من هذه الأقسام باعتبارات متعددة، فمن العلماء من نظر على أساس النتائج المترتبة عموماً، وممن ذهب إلى ذلك ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن "وَسَائِلِ الْمُحَرَّمَاتِ وَالْمَعَاصِي فِي كَرَاهَتِهَا وَالْمَنْعِ مِنْهَا بِحَسَبِ إفْضَائِهَا إلى غَايَاتِهَا وَارْتِبَاطَاتِهَا بِهَا، وَوَسَائِلُ الطَّاعَاتِ وَالْقُرُبَاتِ فِي مَحَبَّتِهَا وَالْإِذْنِ فِيهَا بِحَسَبِ إفْضَائِهَا إلى غَايَتِهَا؛ فَوَسِيلَةُ الْمَقْصُودِ تَابِعَةٌ لِلْمَقْصُودِ، وَكِلَاهُمَا مَقْصُودٌ، لَكِنَّهُ مَقْصُودٌ قَصْدَ الْغَايَاتِ، وَهِيَ مَقْصُودَةٌ قَصْدَ الْوَسَائِلِ"[4].

ومن العلماء من نظر على أساس درجة إفضاء الذريعة، وبهذا الاعتبار ذهب غالب فقهاء المالكية والحنابلة، استناداً إلى مدى ترتب النتائج والغايات ما دام الفعل مأذوناً فيه، لأن المصلحة

---

[1]) صحيح البخاري، باب ليس في الكذب الذي يصلح بين الناس، رقم الحديث ٢٦٩٢، ١٨٣/٣، صحيح مسلم، باب تحريم الكذب وبيان ما يباح منه، رقم الحديث ١٠١ (٢٦٠٥)، ٢٠١١/٤.

[2]) ينظر:أثر الادلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، د. مصطفى ديب البُغا، ٥٧١/٢.

[3]) الموافقات، ٦٧/٢.

[4]) اعلام الموقعين، ١٠٨/٣.

إذا كانت غالبة فلا اعتبار لندرة إنخرامها، إذ لا توجد مصلحة في العادة عارية عن المفسدة جملة، وهذا يثبت ما قرروه أن النظر يكون في مآلات الأفعال معتبر ومقصود شرعاً[١].

ومن العلماء من نظر على أساس المشروعية وعدمها، أو المعنى العام والخاص للذريعة، وبهذا ذهب بعض العلماء المعاصرين، ومثل له بتطبيق نظام المرور، وتسجيل المخالفات ومحاسبتهم، وتوفير الوسائل الحديثة، وتنظيم الري، وكل وسيلة مشروعة أخرى تؤدي إلى تحقيق منافع عامة ومصالح عليا في ضوء مستلزمات الحياة[٢].

ومن هنا يتبين أهمية تقسيم فتح الذرائع، تبعاً لاتجاه صاحب التقسيم ومنهجه في تناول القضية، وبحسب اعتبارات مختلفة، ونظرات متباينة، وهذه الملاحظة تجري عليها مسار وسائل المفضية إلى فتح الذرائع إذا كانت سبباً في مصلحة، بدليل الاستقراء المعنوي الذي لا يثبت بدليل خاص، بل بأدلة مضاف بعضها إلى بعض، بحيث ينتظم من مجموعها أمر تجتمع عليه تلك الأدلة.

فالمعيار في فتح الذرائع معيار موضوعي لا شخصي، ينظر فيه إلى الواقع ونفس الأمر ومآل الفعل في نظر العقلاء على وفق العادات الجارية، ولا دخل لقصد الفاعل وعلمه وظنه، لأنه تعاطي السبب الذي من شأنه أن يوصل إلى النتيجة، وهذا هو الذي سنعتمده، ونستخرج منه الأحكام التي تخص موضوع بحثنا فتح الذرائع[٣]، وفق تقسيمات الذرائع السابقة، التي يمكن أن تندرج باتجاهين هما:

١) اتجاه متفق عليه بين العلماء، وهو أن تكون الوسيلة غير مشروعة في ذاتها ومشروعة في غاياتها، أو أن تكون ذريعة إلى تحقيق المصلحة أكثر من أن تكون ذريعة المفسدة، فهذا الاتجاه يدخل في باب اجتماع المصلحة مع المفسدة في حالة كون المصلحة راجحة على المفسدة، وهذا أمر بديهي في واقعنا الحالي بأن تكون بعض الوسائل غير المشروعة لذاتها قد تتحول إلى مشروعة لغيرها، ويمكن إعطاؤها المشروعية لتحققها المصالح العامة من خلال فتح الذرائع، ومثل له بدفع المال للمحاربين الأعداء ذريعة إنقاذ الأسرى المسلمين من الاسترقاق أو القتل أو فتنتهم في دينهم[٤].
٢) اتجاه مختلف فيه بين العلماء وهو الذرائع المشروعة في ذاتها التي تفضي إلى المفسدة كثيراً لا غالباً ولا دائماً، وبهذا البيان يظهر الأساس الذي يقوم عليه أصل فتح الذرائع وارتباطه بالمصالح، والتي هي مراعاة لمقاصد الشارع المعرفة للأحكام والشروط وانتفاء التناقض في الشريعة الإسلامية، كصيغ العقود في كونها وسائل إلى تعرف مقاصد العاقدين فيما عقدوه أو شرطوه، لتناول بعض الحوادث الجديدة المرتبطة بالفقه المالي الاقتصادي، والتأكد من عدم إفضاء التصرف إلى ما يناقض قضية فتح الذرائع، وإذا دققنا النظر يمكن أن تُعدَّ بمثابة قيود وشروط المقصود منها الأخذ بأقل ما قيل[٥].

---

[١]) ينظر:أثر الادلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، د. مصطفى ديب البُغا، ٥٧٣/٢.
[٢]) أصول الفقه في نسيجه الجديد، د. مصطفى الزلمي، شركة الخنساء للطباعة، ط/١٠، ٢٠٠٢م، ١٧٧/١.
[٣]) فتح الذرائع وأثره في الفقه الإسلامي، د. محمد رياض الطبقجلي، ص ٥١ وما بعدها.
[٤]) أصول الفقه في نسيجه الجديد، د. مصطفى الزلمي، ١٧٩/١.
[٥]) ينظر: اللمع للشيرازي، ص ١٢٣، إرشاد الفحول، ١٨٩/٢، قواطع الأدلة في الأصول، ٤٤/٢.

المطلب الثالث: الاحتجاج بفتح الذرائع وشواهده

❖ الاحتجاج بفتح الذرائع:

عند النظر في الاحتجاج بفتح الذرائع، يتبين لنا أن المذاهب والعلماء لم يقل منهم أحد أنه حجة على سبيل الاستقلال والانفراد كبقية الأدلة الإجمالية، ولكننا نجد تطبيقات عملية للاحتجاج والاستدلال به في كلام العلماء.

ففي هذا المطلب سنتكلم عن آراء الفقهاء ومذاهبهم في فتح الذرائع عبر ثلاثة محاور، وقبل البدء لابد من معرفة أن الخلاف الذي يجري في أصل فتح الذرائع هو الخلاف نفسه الذي جرى في أصل سدِّها، وفي ظاهر الأمر يتبين أن القول بفتح الذرائع أمر مختلف عليه، ولكنك إذا رجعت وتتبعتَ اجتهاد الأئمة وأصولهم رأيتَ ما يدل على أنهم جميعاً كانوا يبنون أحكامهم الاجتهادية على وفق دليل فتح الذرائع.

الرأي الأول: إثبات الاحتجاج بفتح الذرائع:
ذهب المالكية والحنابلة والشيعة إلى أن فتح الذرائع دليل من أدلة الأحكام:
ومما لا شك فيه أن الإمامين مالك وأحمد أكثر من عمل به، وهذا ما ذكره فقهاء المذهبين المالكي والحنبلي، ويوكده كثرة ذكرهم للذريعة في كثير من أبواب الفقه والمسائل الفرعية، والذي يؤكد هذا ما ذكره الإمام القرافي: "أن الذريعة كما يجب سدها يجب فتحها"[١]، ولعل سبب اشتهار خصوص الذرائع بمذهب المالكية، اعتمادهم على رعاية المصلحة المرسلة، وأعملوها في استنباطاتهم وتخريجاتهم في جميع أبواب الفقه، وتعد أصلاً مستقلاً من أصول التشريع، وليس فتح الذرائع إلا تطبيقاً عملياً من تطبيقات العمل بالمصلحة، ولذلك عدوا الذرائع ضمن أصولهم[٢].

أم الحنابلة فإنهم يقولون بفتح الذرائع بقوة، وذلك في كثير من أبواب الفقه، ويعدُّ حجة شرعية، وأصل معتبر في الاجتهاد، وابتناء الأحكام عليه في الجملة، ويوضح ابن تيمية مسلك اتخاذ فتح الذرائع بقوله: "وتجويز الحيل يناقض سد الذرائع مناقضة ظاهرة[٣]"، بمعنى يأتي بحيلة منعه الشارع منها، فيأتي بها مع حيلة أخرى توصله بزعمه إلى نقيض ذلك الشيء الذى سد الشارع الذريعة إليه، ففتح الذرائع هي أصل الحيل وأساسها[٤].

وأم الشيعة فقد أخذوا بفتح الذرائع، ولكنهم كالشافعية لا يسمونه بهذه التسمية، ويذكرونه في باب الحيل أو التزاحم كما فعله الحنفية، وهذا من حيث التشبيه المأخذ، وإلا فانهم يعدونه مصدراً مهماً كما هو من مصادر المالكية.

قال بعض علمائهم: "الخلاصة: أن جُل من تعرفنا عليهم من الأصوليين –شيعة وسنة- باستثناء بعض محققيهم من المتأخرين، هم من القائلين بفتح الذرائع وسدِّها وإن لم يتفقوا في حدود

---

(١) تنقيح الفصول، ص ٤٩٩.
(٢) ينظر: مقاصد الشريعة الإسلامية، ابن عاشور، ص ١٣٠-١٣١.
(٣) ينظر: إغاثة اللهفان، ٣٧٠/١.
(٤) اعلام الموقعين، ١٠٧/٣.

ما يأخذون منها وما يتركون"[1]، وقال آخر: "الحديث عن فتح الذرائع هناك مجال لبحث وجوب المقدمة، وبحوث التزاحم الذي يأتي عندما يتزاحم واجبان في مقام الامتثال وحينئذ يقدم الأهم"[2].

الرأي الثاني: نفي الاحتجاج بفتح الذرائع:

ذهب الظاهرية إلى أن فتح الذرائع ليس دليل من أدلة الأحكام مطلقاً:

أنكر ابن حزم الظاهري مطلقاً لأصل فتح الذرائع، لأنه باب من أبواب الاجتهاد بالرأي، وهو ضد الأخذ بالرأي كله، وهو ما ثبت عنه بتجنب القول بالذرائع، تماشياً مع مبدئه وهو الأخذ بظواهر الألفاظ فقط دون الاتجاه إلى المعاني التي يقصدها النص، وقد كان سبباً في إنكار ما اتفق العلماء على اعتباره أو الغائه، ويفهم من هذا أن فتح الذرائع ليس حجة، ولا يصح بناء الأحكام عليه، وقد صرح ابن حزم بذلك فقال: ""فكل من حكم بتهمة أو باحتياط لم يستيقن أمره أو بشيء خوف ذريعة... فهذا المذهب أفسد مذهب في الأرض لأنه يؤدي إلى إبطال الحقائق كلها"[3].

الرأي الثالث: القول بالتفصيل:

ذهب الحنفية والشافعية بعدم اعتباره دليلا من الأدلة المستقلة:

لم تذكر كتب أصول مذهبي الحنفية والشافعية شيئاً عن رأيهما في فتح الذرائع صراحة، فهو عندهم ليس بدليل مستقل تبنى عليه الأحكام ولكنه من الإمارات التي يمكن أن تعتمد.

ومع ذلك أخذ الإمام أبو حنيفة بفتح الذرائع، في حدود ضيقة في بعض الحالات، وإنكار العمل به في حالات أخرى، ويكمن اجتهاداته عليه في الاستحسان والحيل الشرعية، فقد كان فتح الذرائع معتمداً عنده، في ضمن الدليلين ولا مشاحة في الاصطلاح.

وموقف الإمام الشافعي واضح بإنكاره، لأن نصوصه وقواعده تأبى أن ينسب إليه القول بالذرائع، وذلك لمراعاته الجانب الشكلي في العقود، وإجراء الأحكام عليها، ما دامت مستوفية شروطها وأركانها، ومع ذلك ثبت عن الشافعية القول بفتح الذرائع في حدود ضيقة في بعض الحالات ولكنه كان يسمي كل ذلك قياساً، وقد صرِّح الإمام الشافعي بذلك بقوله: "أَنَّ الذَّرَائِعَ إلى الْحَلَالِ وَالْحَرَامِ تُشْبِهُ مَعَانِيَ الْحَلَالِ وَالْحَرَامِ"[4].

الترجيح: قد تم عرض جميع هذا الآراء ويرى الباحث التوقف بين الرأي الأول والثالث من دون ترجيح رأي على أخر لتساوي الأدلة، ولصعوبة الترجيح على ما تبين من أقوال الفقهاء في فتح الذرائع، وسبب ذلك أن فتح الذرائع مسلك من مسالك الاجتهاد، والرأيان متفقان في الجملة في غالب الاحيان في تحقيق مناط هذا المصدر لإقامة الحكم الشرعي به.

---

[1]) الأصول العامة للفقه المقارن، للأستاذ محمد تقي الحكيم، بيروت، ص ١٤٤ و ٤١٤.
[2]) سد الذرائع، محمد علي التسخيري، بحث مقدم إلى الدورة التاسعة لمجمع الفقه الإسلامي، المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية، رسالة التقريب العدد (٦)، ص ١٣.
[3]) ينظر: الاحكام لابن حزم، ١٣/٦.
[4]) الام، ٥١/٤.

وهنالك شواهد كثيرة يمكن الاستدلال بها على صحة الاحتجاج بفتح الذرائع، من النصوص القطعية وعمل الصحابة رضوان الله تعالى عنهم، وسنذكر فيما يأتي نماذج من تلك الشواهد:

❖ **شواهد من القران الكريم:**

١ - قال تعالى:﴿ أَمَّا ٱلسَّفِينَةُ فَكَانَتۡ لِمَسَٰكِينَ يَعۡمَلُونَ فِي ٱلۡبَحۡرِ فَأَرَدتُّ أَنۡ أَعِيبَهَا وَكَانَ وَرَآءَهُم مَّلِكٞ يَأۡخُذُ كُلَّ سَفِينَةٍ غَصۡبٗا ﴾[١]، الاعتداء على ملك الغير بغير حق من الأمور المحظورة على وجه القطع في الشرع، لكننا قَرأنا أن العبد الصالح مع سيدنا موسى عليه السلام يهوي على السفينة بالخرق الذي هو في ظاهر الحال تعيب لها، وإلحاق الخسارة بأهلها، فالفعل غير مقصود لذاته بل هو ذريعة ووسيلة، حيث بين ذلك في سياق النص أن هذه المفسدة لم ترتكب إلا لما فيها من دفع مفسدة أعظم، وهي غصب السفينة وذهابها جملة، إذ إن وراءهم ملكاً يأخذ كل سفينة خالية من العيوب غصباً[٢].

٢ - قال الله تعالى:﴿ مَا قَطَعۡتُم مِّن لِّينَةٍ أَوۡ تَرَكۡتُمُوهَا قَآئِمَةً عَلَىٰٓ أُصُولِهَا فَبِإِذۡنِ ٱللَّهِ وَلِيُخۡزِيَ ٱلۡفَٰسِقِينَ ﴾[٣]، إن تخريب الأبنية وإحراق المزروعات فساد في الأرض لا يقره الله سبحانه، لكن إذا استعان الكفار به، أو تحصنوا لقتال أهل الحق، جاز حينذاك لورد الأذن المذكور في الآية بكل ما يتطلبه القتال، ويستخدم أنواع آلات الحرب إذا توقف على استعمالها انتصار المسلمين على العدو، ولكن لابد من الإشارة إلى أن لهذا الأمر ضوابط يجب مراعاتها، وليس الأمر متروكاً للهوى كما يحصل الأن في زماننا، عندما تقع حرب بين دولتين أو أكثر فيقع إتلاف الأموال وحصول المفسدة الكبيرة في غير محل الحاجة، فهذا يحرم قطعاً.

قال ابن العربي: "يجوز لأمير الجيش، في حصار العدو عليهم... وَيَجُوزُ أَنْ يَهْدِمَ عَلَيْهِمْ مَنَازِلَهُمْ، وَيَضَعَ عليهم البيات والتحريق. وإن رأى في قطع نخلهم وشجرهم صلاحاً يضعفهم به ليظفر بهم، أو يدخلوا في السلم فعل، وإن لم ير ذلك صلاحاً لم يفعله"[٤].

مما ورد في النصين السابقين يتبين لنا جلياً أن إتلاف أموال المحاربين إذا لم يكن ثمة سبيل إلى القضاء على شرورهم إلا بأتلاف تلك الاموال فهو مبني على فتح الذرائع، إذ إنه يعتمد على نصرة المستضعفين ويغيظ الظالمين ويضر بهم فهو جائز بلا خلاف يذكر.

❖ **شواهد من السنة المطهرة:**

١ - عن أَنَسَ بْنَ مَالِكٍ قَالَ: جَاءَ أَعْرَابِيٌّ فَبَالَ فِي طَائِفَةِ المَسْجِدِ، فَزَجَرَهُ النَّاسُ، ((فَنَهَاهُمُ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَلَمَّا قَضَى بَوْلَهُ أمر النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِذَنُوبٍ مِنْ مَاءٍ فَأُهْرِيقَ عَلَيْهِ))[٥]، فهذا الاعرابي حينما ارتكب محظوراً وهو تنجيس المسجد بالبول فيه، فقام من كان في

---

[١]) سورة الكهف: الآية ٧٩.

[٢]) ينظر: مفاتيح الغيب، الرازي، ٤٩٠/٢١.

[٣]) سورة الحشر: الآية ٥.

[٤]) الأحكام السلطانية، للفراء (المتوفى : ٤٥٨هـ)، صححه وعلق عليه : محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية - بيروت ، لبنان، الطبعة : الثانية ، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠م، ص ٤٩- ٥٠.

[٥]) صحيح البخاري، باب صب الماء على البول في المسجد، رقم الحديث ٢٢١، ٥٤/١.

المسجد ليكفوه عن مواصلة المنكر الذي شرع فيه، امتثالا لأمر المشرِع بالنهي عن المنكر عند مشاهدته، ولكن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال دعوه لأنه قد فات الأمر، فلا ينفع قطع بوله عليه، إذ النجاسة قد حصلت، وقطع البول يؤذيه بسبب الاحتقان، ولربما أصابه ضرر صحي من محاولة منعه من إتمام بوله ساعتئذٍ.

وفي هذا الحديث فتح لذريعة مداراة الناس، بعذرهم عند جهلهم والصبر عليهم لتعليمهم ما يلزمهم، وحسن النصيحة لهم، والرفق بهم من غير تعنيف ولا ايذاء، إذا لم يأتوا بالمخالفة استخفافاً أو عناداً، وهي وسيلة عظيمة من الوسائل في مجال الملاءمة الغالبة لمقصود الشرع، في باب اجتماع المصلحة والمفسدة في حالات غير اعتيادية.

والذي يعنينا من موضوعنا في الأسواق المالية الاقتصادية والمعاملات المصرفية المعاصرة هو جلب أعظم المصلحتين بترك أيسرهما، في حالات معهودة ومعتادة بأوضاع متعارفة في الزمن الحاضر، ومن هنا برزت أهمية دليل فتح الذرائع مع التطور الاقتصادي خلال العصور المتأخرة، تبعا لما تشهد مختلف المجالات الاقتصادية المعاصرة تطوراً تكنولوجيا متسارعا انعكس بصورة واضحة على اداء مختلف القطاعات الاقتصادية، من خلال شبكات الاتصال الإلكترونية ومن المتوقع أن تنتشر هذه العمليات بشكل واسع في الفترة المقبلة خاصة في ظل التطور المستمر في مجال التقنية المصرفية، دون أن تعترضَها الحدود الجغرافية.

والحديث الذي مر يشير إشارة واضحة إلى جواز فتح الذريعة، فالناس قد صارت لهم خبرة ومعلومات على حسب الشيء المعهود، وإن كان يشوبها بعض الفساد فلا حرج حينئذٍ، فالذرائع إلى المحرم لغلبة سلوك الناس فيها تسدُّ وتمنعُ، وهذا هو المراد من المعاملات المعاصرة المتغيرة، فالعبرة بالنظر إلى المآل، ويتطور هذا الباب بحسب تطور مفهوم التعاملات المصرفية[1].

❖ **شواهد القول بفتح الذرائع في الفقه الإسلامي:**

ومن التطبيقات الفقهية لدى الفقهاء، إذا اقتضى فعل ما، يخالف الأصل ولا يخرج عن عدل الشرع، فلا يعد ذلك عملاً غير مشروع بل من باب فتح الذرائع، وهنالك فروع فقهية كثيرة بنى الفقهاء أحكامها على فتح الذرائع، نذكر في هذا المقام نماذج منها:

١ - إفتاء الفقهاء بجواز إعطاء الصدقة إلى بني هاشم، عند عدم وصول خمس الخمس إليهم، مع ورود الحديث بالمنع، "أَخَذَ الْحَسَنُ بْنُ عَلِيٍّ تَمْرَةً مِنْ تَمْرِ الصَّدَقَةِ، فَجَعَلَهَا فِي فِيهِ، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((كِخْ كِخْ، ارْمِ بِهَا، أَمَا عَلِمْتَ أَنَّا لَا نَأْكُلُ الصَّدَقَةَ))، هَذِهِ اللَّفْظَةُ تُقَالُ فِي الشَّيْءِ الْوَاضِحِ التحريم"[2]، دفعا للضرر عن هذه الطائفة، وحفظاً لها من الفقر ومذلَّة الحاجة إذا منعوا من خمس الخمس مع إهمال الناس أمر الغنائم وقسمتها وإيصالها إلى مستحقها[3].

فوصول خمس الخمس إليهم هو علة منعهم من أخذ الزكاة بصريح النصوص الواردة، واذا بطلت العلة انتفي الحكم، واذا ذهب المانع عاد الممنوع، كما هو معروف في قواعد الفقه

[1]) ينظر: القواعد والضوابط الفقهية، د. أحمد الندوي، ١٩٦/١ و ٣١٨.

[2]) ينظر: النووي شرح صحيح مسلم، رقم الحديث ١٦١ (١٠٦٩)،١٧٥/٧.

[3]) ينظر: مواهب الجليل، الرُّعيني المالكي، ٣٤٥/٢، الأم، ٥٩/٤، المجموع، ١٦٨/٦ و ٢٢٧، الاختيار، ١٢١/١، الروض المربع شرح زاد المستقنع، ص ٢٢٣.

والأصول، والعلاقة بين مقاصد الشريعة ومفهوم المصلحة علاقة تضمن، بمعنى أن الذرائع هي الطرق المفضية إلى المصالح أو المفاسد، وحكمها حكم ما أفضت إليه من منع أو إيجاب أو تحريم أو تحليل، فيلاحظ في المسألة مخالفة النص لترجيح جانب المصلحة المجردة[١].

٢ - التسعير مع ورود النهي بالتسعير لخروجه عن مقتضى العدل ومنطق الشرع، وعليه قرر العلماء فتح ذريعة تسعير البضائع مع وجود المحتكرين من التجار، وارتفاع سعر السلع عن السعر المعتاد، مما يتسبب بإضرار الناس، يقول ابن القيم: "وَجِمَاعُ الأمر: أَنَّ مَصْلَحَةَ النَّاسِ إِذَا لَمْ تَتِمَّ إِلَّا بِالتَّسْعِيرِ، سَعَّرَ عَلَيْهِمْ تَسْعِيرَ عَدْلٍ، لَا وَكْسَ وَلَا شَطَطَ، وَإِذَا انْدَفَعَتْ حَاجَتُهُمْ وَقَامَتْ مَصْلَحَتُهُمْ بِدُونِهِ: لَمْ يَفْعَلْ"[٢]، فصلة قاعدة فتح الذرائع بالفعل غير المشروع دخلت تحت جنس اعتبره الشارع في الجملة بغير نص معين جواز ذلك إذا كان في غالب الظن وسيلة لتحصيل مصلحة راجحة على مفسدة ذلك الفعل، وهنا يأتي دور الأصولي الحاذق فينظر بالمسألة بكل اتجاهاتها فيحكم على الفعل بالجواز فتحاً للذريعة[٣].

المطلب الرابع: القواعد الفقهية المتعلقة بمبدأ فتح الذرائع

هنالك قواعد عامة ترتبط بمصدر فتح الذرائع، نورد بعضها فيما يأتي:

❖ **المشقة تجلب التيسير:**

ومعناها هو أن الأحكام التي ينشأ عن تطبيقها حرج على المكلف فالشريعة تخففها بما يقع تحت قدرة المكلف من دون عسر أو حرج، ومن المعلوم أن الأدلة على رفع الحرج في هذه الأمة بلغت مبلغ القطع، وفي نطاق المعاملات المالية إذا كانت المشقة وقوعها عاماً، فلو كان نادراً لم تراع المشقة فيه[٤].

ولكي ندرك اهمية هذه القاعدة ومدى ارتباطها بمبدأ فتح الذرائع لابد من بيان بعض المعاني المتفرعة عنها وصلتها بمبدأ فتح الذرائع، كالترخيص الذي يعد الحكم النازل بعد العسر لعذر أو ما استبيح مع قيام المحرم، والتوسعة وهي الإفتاء بما هو أيسر على الناس مع الرفاهية، جلباً للمصلحة الراجحة المنضبطة بضوابط الشرع، وهذا هو صلب مبدأ فتح الذرائع[٥].

اعتبار الحاجة في تجويز الممنوع كاعتبار الضروري في تحليل المحرم، ووفق ذلك يقول الإمام الجويني: "أن أصل البيع مستندة الضرورة أو الحاجة النازلة منزلة الضرورة"[٦]، ويقول الاستاذ مصطفي الزرقاء: "وَالظَّاهِر أَن مَا يجوز للْحَاجة إِنَّمَا يجوز فِيمَا ورد فِيهِ نَص يجوزه، أو تعامل، أو لم يرد فِيهِ شَيْء مِنْهُمَا وَلَكِن لم يرد فِيهِ نَص يمنعهُ بِخُصُوصِهِ وَكَانَ لَهُ نَظِير فِي الشَّرْع يُمكن إِلْحَاقه بِهِ وَجعل مَا ورد فِي نَظِيره وارداً فِيهِ، كَمَا فِي بيع الْوَفَاء فَإِن مُقْتَضَاهُ عدم الْجَوَاز، لأنه إِمَّا من قبيل الرِّبَا لأنه انْتِفَاع بِالْعينِ بِمُقَابلَة الدّين، أو صَفْقَة مَشْرُوطَة فِي صَفْقَة... أو كَانَ لم يرد فِيهِ نَص يجوزه أو تعامل، وَلم يرد فِيهِ نَص يمنعهُ، وَلم يكن لَهُ نَظِير جَائِز فِي الشَّرْع يُمكن إِلْحَاقه بِهِ، وَلَكِن كَانَ فِيهِ نفع ومصلحة. كَـ ... تدوين الدَّوَاوين، وَضرب الدَّرَاهِم، والعهد بالخلافة وَغير ذَلِك مِمَّا لم يَأمر بِهِ الشَّرْع وَلم ينْه عَنهُ وَلم يكن لَهُ نَظِير قبل، فَإِنَّهُ دعت

---

[١]) ينظر: ضوابط المصلحة، ص١٨٧.

[٢]) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ابن قيم الجوزية، ص ٢٢٢.

[٣]) فتح الذرائع وأثره في الفقه الإسلامي، د. محمد رياض الطبقجلي، ص ١٧٤.

[٤]) المنثور في القواعد الفقهية، الزركشي، ١٧٢/٣.

[٥]) قواعد الاحكام في مصالح الانام، ٦١/١.

[٦]) البرهان في أصول الفقه، ٨٣/٢.

إليه الْحَاجة وسوغته الْمصلحَة"[1]، فالغرض يشير على أهميته لدخوله في مجالات شتى ومنها المعاملات، فالعقود التي استثناءها من بعض القواعد العامة لحاجة الناس إليها كالسلم، وما احتيج إلى التوسعة في أبواب المعاوضات المالية فيبيحه الشارع للحاجة مع قيام السبب، كما هو ثابت في بيع العرايا، لأن الحاجة الشديدة يندفع بها يسير الغرر.

❖ **لا ضرر ولا ضرار:**

هذه القاعدة أصلها حديث نبوي شريف، تشتمل على معاني كثيرة وأحكام مختلفة، وتعتبر من جوامع كلم النبي صلى الله عليه وسلم، وهي ترجع إلى تحصيل المقاصد وتقريرها بدفع المفاسد أو تخفيفها، وتتجلى هذه القاعدة بموضوع دفع الضرر قبل وقوعه من باب الوقاية، ورفع الضرر وإزالته بعد وقوعه، وعلى رأس تلك الضوابط منع الفعل الضار وترتيب نتائجه، كما أنها سند لمبدأ الاستصلاح في جلب المنافع ودرء المفاسد، تنير نظرية تقرير الأحكام الشرعية للحوادث[2].

ونص هذه القاعدة ينفي الضرر نفياً فيشمل الضرر الخاص والعام، ويشمل ذلك دفعه قبل الوقوع بطرق الوقاية الممكنة، ورفعه بعد الوقوع بما يمكن من التدابير، وإن فتح الذرائع يقوم في أهم جانب من جوانبه على جلب المصلحة إذا كانت تربو على المفسدة، ومن ذلك دفع الضرر الأكبر بالضرر الأصغر، وكذلك بإزالة أو تخفيف الضرر الواقع أو المتوقع ولو بضرر أقل منه تحقيقاً للمصلحة الراجحة كما يعبر عنه بقاعدة "الضرر يزال"[3]، وبذلك تظهر أهمية فتح الذرائع في إزالة الأضرار الواقعة أو المتوقعة، والموازنة بين الأضرار.

ومما يؤكد صلة مبدأ فتح الذرائع بقواعد الضرر نظرُ المجتهد إلى ما يؤول إليه فعل المكلف من دفع المفاسد وجلب المصالح قبل الحكم عليه الإقدام أو الإحجام، فالنظر في المقدمات والنتائج هو الكفيل للمجتهد بإدراك المناط المحقق، فقد يكون العمل في الأصل ممنوعاً، ويترك النهي عنه لما يؤول إليه من المصلحة، ولا يتحقق إدراك المناط الخاص مما في هذا المعنى إلا بالنظر في المقدمات والنتائج نظراً متكاملاً مترابطاً، ومن خلال هذا النظر المآلي تتبين الصلة الوثقى لهذه القاعدة بدليل فتح الذرائع.

إن لهاتين القاعدتين الواسعتين قواعد فرعية عدة، مما لها صلة بمبدأ فتح الذرائع، وسأكتفي بسرد نماذج منها من دون التوسع في شرحها، خوفاً من الإطالة والابتعاد عن صلب الموضوع، لأن الصورة أتضحت وذكر القواعد الفرعية تقوية للدليل، ("الأمر إذا ضاق اتسع"، "الحاجة تُنزل منزلة الضرورة عامة أو خاصة"، "الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف"، "يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام"، "الغرر الكثير يفسد العقود دون يسيره"، "العبرة في المعاملات بما في نفس الأمر لا بما في ظن المكلف"، "الأحكام تجري على الظاهر فيما يعسر أو يتعذر الوقوف على حقيقته")[4].

---

[1]) ينظر: شرح القواعد الفقهية، أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، ص ٢١٠.
[2]) الموافقات، ٦١/٣.
[3]) الأشباه والنظائر، السيوطي، ص ٨٣، الأشباه والنظائر،لابن نجيم المصري، ص ٧٢.
[4]) ينظر: القواعد والضوابط الفقهية، الندوي، ٧٤/١ و٧٦ و١٣٤ و١٤١ و٢٣٩ و٣١٨ و٣٨٥.

المبحث الثاني: أثر فتح الذرائع في استنباط المعاملات المصرفية المعاصرة

لقد أوضحنا فيما سبق بشأن فتح الذرائع وما يتفرع منه من أقسام وضوابط وآراء الأصوليين حتى وصلنا إلى رأي سائغ وفق ما وجدناه في كتب أصول الفقه القديمة والمعاصرة، وبيان تطبيقاته المصرفية المعاصرة، نظراً لوجود الحاجة إلى التعامل بها من قبل المؤسسات المالية المصرفية، للوصول إلى تأصيل وتفصيل حكمها الفقهي، وبيان مدى حاجة الناس إلى التعامل بها في هذا العصر.

تضمن هذا المبحث مطلبين، على ان نلقي الضوء أولا على مفهوم تطبيق عمليات التورق الفردي لدى البنوك، التي تحتاج إلى نظر واستفراغ جهد في الاجتهاد للوصول إلى العلة التي ارتبط بها الحكم المستفاد عن مناط الحكم، وأما المطلب الثاني فقد تمحور على تقويم المسيرة النظرية لعقد التأمين التعاوني ومدى مشروعيته اسلامياً، التي تحتاج إلى نظر واستفراغ جهد في الاجتهاد للوصول إلى العلة التي ارتبط بها الحكم المستفاد عن مناط الحكم وكيفية التعامل بها عن طريق المؤسسات الحكومية، مع ذكر مفهومها من حيث التعريف والتقسيم والتباين فيما بينها.

وهذا هو الهدف العام من الدراسة، حيث يُبحث عن النشاط المستحدث في أطار شرعي يساند الصحيح منها ويستبعد الفاسد، وأكثر الذرائع المعاصرة تدخل في مجال التوسعة والمصلحة والضرورة بسبب تطور المجتمعات البشرية، ونمو القوى الانتاجية، وكثرة الحاجات الإنسانية في العديد من القضايا المعاصرة والوقائع المستجدة، وهنا يأتي دور الباحث ليكشف عن حقيقة الذريعة، بإظهار أثره في الكشف عن الحكم المناسب لبعض المسائل المعاصرة عبر منهج استنباط الأحكام[١].

المطلب الأول: أثر فتح الذرائع في التورُّق الفردي

لقد تم التطرق لمعنى التورق عند اللغويين، والأن نتناول تصور مفهومه عند علماء الاقتصاد وما إلى ذلك من حقائق ذات الصلة بجزئيات التورق، ثم التطرق إلى مفهوم التورق في اصطلاح الفقهاء، وحقيقته المصرفية المعاصرة، ويمكن من خلال التعريفات الوصول إلى حكمه الشرعي، للتعرف على تطبيقاته وفق مجال القول بفتح الذرائع على مقتضى المصلحة أو التوسعة[٢].

الفرع الأول: تعريف التورُّق الفردي وحقيقته

التورق الفردي: هو شراء سلعة وملكه بثمن مؤجل في حاجة إلى النقود ثم بيعها إلى غير من اشتريت منه للحصول على النقد بثمن حال[٣]. ويسمى أيضاً بالتورق الحقيقي أو الفقهي.

وقد أشار ابن تيمية بصورة واضحة لهذا المعنى بقوله: "وَإِن كَانَ الْمُشْتَرِي يَأْخُذ السّلْعَة فيبيعها فِي مَوضِع آخر فيشتريها بِمِائَة ويبيعها بتسعين لأجل الْحَاجة إلى الدَّرَاهِم فهِيَ مَسْأَلَة التورق"، وهذه المسألة معروفة عند الشافعية باسم (الزرنقة)، أما بقية الفقهاء فقد عرفوا هذه المسألة وأشاروا لحكمها الشرعي في معرض كلامهم عن العينة أو بيوع الآجال، من غير تعيين تسمية معينة خاصة عليها.

---

[١]) ينظر: المدخل إلى الاقتصاد الإسلامي، ص ١٩٠- ١٩١.

[٢]) ينظر: منهج استنباط احكام النوازل الفقهية المعاصرة، مسفِر بن علي بن محمد القحطاني، ص ٦٠٨.

[٣]) ينظر: قرار من المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، حكم بيع التورق، الدورة الخامسة عشرة، مكة المكرمة، ١٤١٩ه، ١٩٩٨م، ص ٣٢٠، بحوث في الاقتصاد الإسلامي، ص ٨.

ومن الألفاظ التي جاءت مرادفة للتورق كلمة العينة عند بعض أهل العلم، لوجود نوع شبه بينهما في المفهوم أو الاعتبار، وربما كان منشأ ذلك استواءهما في الحكم الشرعي في نظرهم، ومن ذلك قول بعضهم: "الزَّرْنَقَةُ: العِينَةُ وَهُوَ: أَنْ يَشْتَرِيَ الشَّيْءَ بأكثر من ثَمَنِه إلى أَجَلٍ، ثمَّ يَبِيعَه مِنْهُ أو من غَيْرِه بأقَل مِمَّا اشْتراه"[١]، وقول ابن القيم: "فَإِنْ قِيلَ فَمَا تَقُولُونَ إِذَا لَمْ تُعَدْ السِّلْعَة إِليه بَلْ رَجَعَتْ إلى ثَالِث هَلْ تُسَمُّونَ ذَلِكَ عِينَة قِيلَ هَذِهِ مَسْأَلَة التَّوَرُّق لِأَنَّ الْمَقْصُود مِنْهَا الْوَرِق وَقَدْ نَصَّ أَحْمَد فِي رِوَايَة أَبِي دَاوُدَ عَلَى أَنَّهَا مِنْ الْعِينَة وَأَطْلَقَ عَلَيْهَا اِسْمهَا"، وقول الفيومي: "فَلَوْ بَاعَهَا الْمُشْتَرِي مِنْ غَيْرِ بَائِعِهَا فِي الْمَجْلِس فَهِيَ عِينَةٌ أَيْضًا"[٢]، ولكن الأن تمَّ التفريق بينهما، فقد عرفتَ معالم كل منهما، وبشكل مختصر العينة ترجع فيها السلعة إلى البائع الأول بخلاف التورق، فليس فيه رجوع السلعة إلى البائع الأول.

حقيقة عملية التورّق الفردي

ومن أجل بيان حقيقة عملية التورق الفردي لابد من التعريج إلى مفهوم الوساطة الاستثمارية المالية، مفهوم الوساطة في المصارف الإسلامية هي المشاركة الفعلية بين أصحاب الودائع والمستثمرين مستخدمي الأموال عن طريق ربط عائد المودعين بنتائج توظيف الأموال لدى المستخدمين ربحاً وخسارة، فالمصرف يلعب دور الوسيط بين رأس المال والعمل، أي بين أصحاب الأموال غير القادرين على استثمار أموالهم في مشاريع ناجحة وبين رجال الأعمال الذين يملكون الخبرة والدراية وعنصر المخاطرة التي تمكنهم من تنفيذ مشاريع ناجحة، في صيغة عقدين منفصلين مستقلين عن بعضها البعض، أحدهما على مستوى استقطاب الموارد المالية، والثاني على مستوى توظيف تلك الموارد، على مبدأ المشاركة في الربح والخسارة من خلال ربط عائد المودعين بنتائج توظيف الأموال لدى المستخدمين عبر فتح حسابات استثمارية لعملائها المودعين، والصيغة العقدية بين الطرفين هي نوع من الشركة في الربح والخسارة بين رب المال والعامل فيه، تكييف عبر عقد المضاربة الشرعية، على أن تكون حصة كل منهما جزءاً شائعاً معلوماً يتفق عليها الطرفان، فنصل إلى أنّ الطرفين يخاطران[٣].

وهنا تبرز الآثار الإيجابية لمبدأ الوساطة الاستثمارية وما يمكن أن تحققه من تضامن حقيقي بين مختلف الأطراف ويؤمن عائداً عادلا بين الأطراف المشاركة، فإن المصرف الشرعي يستبعد أسلوب الإقراض ويستبدله بعقود بيوع ومشاركة ومضاربة، فأسلوب الوساطة الاستثمارية بطبيعة حاله يحمي المستثمر الوسيط من أي انهيارات عند تعرض المؤسسة المالية إلى هزات وتقلبات، لأن الخسائر عادة منحصرة بين المساهمين والمودعين في المؤسسة الخاسرة وحدها، لا تتعدى إلى المودعين في المؤسسات الأخرى[٤].

ووسائل الاستثمار تبين حقيقة واقع عقد بيع التورق الفقهي من حيث المبدأ الناجح، وهو ما أخذت به بعض المصارف الشرعية بعناية من أجل صيانتها عن الوقوع في المحرمات والشبهات، لأن التورق الفقهي يحقق حاجة حقيقية إلى السيولة المالية النقدية بالنسبة للمستورق،

---

[١]) تاج العروس من جواهر القاموس، ٤٠٤/٢٥.
[٢]) ينظر: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، الفيومي، ٤٤٠/٢.
[٣]) ينظر: المالية والمصرفية المعاصرة، د. نزيه حمّاد، ص ١٧٧.
[٤]) ينظر: المصرفية الإسلامية، قواعد وأسس، إعداد د. إبراهيم العبيدي، ص ٢٢.

وهي حاجة مشروعة لسد متطلبات الشخص المستورق، إنقاذاً له من الحرج المرفوع من الشارع[1].

ويمكن أن تكون مسألة بيع التورق الفردي بطرق عدة، لتتفرع منها كيفية التعاملات المالية التي بدورها تبين الجانب العملي وتحديداً المصرفي، المستمدة من تراثنا الفقهي، كي نستطيع من خلالها أن ننظر إلى المزيد من الإيضاح، ولا تعدو أن تكون واحدةً من الطرق الآتية[2]:

الطريقة الأولى: أن يكون الشخص فيها بحاجة إلى النقود ولا يجد من يقرضه، ولا يريد أن يطلب قرضاً من أحد، فيشتري سلعةً نسيئة ليبيعها في السوق إلى غير البائع، ومن غير أن يعلم أحد بقصده وحاجته للنقد، وهذه الطريقة لا غبار عليها أبداً، إذ يعتبر المشتري أنه قد استجمع مقومات البيع، فدخلت السلعة في ملكه، ثم قام بعد ذلك ببيعها بثمن حال إلى غير من اشتراها منه، وهذه الطريقة هي التي ذكرها الإمام البهوتي، ونص على جوازها بقوله: "ومن احتاج إلى نقد فاشترى ما يساوي مائة بأكثر ليتوسع بثمنه فلا بأس، وتسمى: مسألة التورق"[3].

الطريقة الثانية: أن يحاول طالب النقد الحصول على قرض من تاجر ما، فيمتنع التاجر من اقراضه، ولكنه يعرض عليه سلعةً نسيئة إلى اجل محدد من غير زيادة مقابل الأجل، على أن يبيعها في السوق نقداً وينتفع من ثمنها ثم يسدده بعد حلول الأجل، وهذه الطريقة مشروعة لاستجماع لوازم البيع[4].

الطريقة الثالثة: أن يطلب المستورق قرضاً من تاجر فيقول له التاجر ليس عندي نقود، ولكن أبيعك هذه السلعة نسيئة إلى أجل مع زيادة سعرها الأصلي، على أن تبيعها في السوق نقداً، ويتم التسديد بحلول الأجل المتفق عليه، وقد جاء بيان هذه الطريقة من خلال الإمام ابن عابدين بقوله: "أَنْ يَأْتِيَ الرَّجُلُ الْمُحْتَاجُ إلى آخَرَ وَيَسْتَقْرِضَهُ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ وَلَا يَرْغَبُ الْمُقْرِضُ فِي الْإِقْرَاضِ طَمَعًا فِي فَضْلٍ لَا يَنَالُهُ بِالْقَرْضِ فَيَقُولُ لَا أُقْرِضُكَ، وَلَكِنْ أَبِيعُك هَذَا الثَّوْبَ إنْ شِئْت بِاثْنَيْ عَشَرَ دِرْهَمًا وَقِيمَتُهُ فِي السُّوقِ عَشَرَةٌ لِيَبِيعَهُ فِي السُّوقِ بِعَشَرَةٍ فَيَرْضَى بِهِ الْمُسْتَقْرِضُ فَيَبِيعُهُ كَذَلِكَ، فَيَحْصُلُ لِرَبِّ الثَّوْبِ دِرْهَمًا وَلِلْمُشْتَرِي قَرْضُ عَشَرَةٍ"[5]، ويبدو أن هذه الصورة هي التي كانت محل الخلاف بسبب زيادة الثمن نظير الأجل[6].

الطريقة الرابعة: أن يذهب محتاجُ ليشتري سلعة تساوي مثلا مئتين دينار، فيقول المستورق بعني السلعة بمئة وعشرين ديناراً حاضرةً ومئة وعشرين مؤجَّلةً، فيأخذ السلعة ويبيعها نقداً بمئتين ليسدد بها القسط الحاضر، والباقي ينتفع بها المستورق، وهذه الطريقة قد ذكرها أغلب الفقهاء، وبناءً على ذلك نص الإمام المرداوي بقوله: "لَوْ احْتَاجَ إلى نَقْدٍ، فَاشْتَرَى مَا يُسَاوِي مِائَةً بِمِائَةٍ وَخَمْسِينَ. فَلَا بَأْسَ. نُصَّ عَلَيْهِ. وَهُوَ الْمَذْهَبُ. وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ. وَهِيَ مَسْأَلَةُ التَّوَرُّق"[7]، وقال الإمام الكاساني: "وَلَوْ خَرَجَ الْمَبِيعُ مِنْ مِلْكِ الْمُشْتَرِي فَاشْتَرَاهُ الْبَائِعُ مِنْ الْمَالِكِ الثَّانِي بِأَقَلَّ مِمَّا بَاعَهُ قَبْلَ نَقْدِ الثَّمَنِ - جَازَ؛ لِأَنَّ اختلاف الْمِلْكِ بِمَنْزِلَةِ اختلاف الْعَيْنِ فَيَمْنَعُ تَحَقُّقَ الرِّبَا"[8].

---

[1]) ينظر: بحوث في الاقتصاد الإسلامي، ص ١٣.

[2]) ينظر: تطبيقات التورُّق واستخداماته في العمل المصرفي الإسلامي، موسى آدم عيسى، ص ١٢- ١٥.

[3]) ينظر:الروض المربع شرح زاد المستقنع، ص ٣١٨.

[4]) ينظر: المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، محمد شبير، ص ٨٩.

[5]) ينظر: حاشية ابن عابدين، ٢٧٣/٥.

[6]) ينظر: المالية والمصرفية المعاصرة، د. نزيه حمّاد، ص ١٦٣ وما بعدها.

[7]) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٣٣٧/٤.

[8]) بدائع الصنائع،١٩٩/٥.

الطريقة الخامسة: أن يشتري المستورق سلعة من مصدر ما، بثمن مؤجل اغلى من سعرها لو كان الثمن عاجلاً، لكي يبيعها في السوق، فلم يتمكن من بيعها الا بأقل من سعرها الحاضر، فيرجع المستورق إلى المصدر الأول ليخفض له الثمن المؤجل، كأن يشتري المستورق سلعةً تساوي مئة وثمانين ديناراً حاضرة بثمن مؤجل مئتين ديناراً، ثم يبيع المستورق السلعة في السوق، ولكنه لم يستطع بيعها بما تساوي به حاضراً بمئة وثمانين، وإنما باعها بأقل من ذلك بعشرة دنانير، فيرجع المستورق إلى مالك العين الأول وهو البائع طالباً منه أن يخفض من مقدار الثمن المؤجل، فيخفض له البائع الثمن المؤجل من مئتين ديناراً إلى مئة وتسعين ديناراً، وقد نص على هذه الطريقة الإمام ابن رشد الجد بقوله: "أن يأتي الرجل إلى الرجل من أهل العينة فيقول له: أسلفني ذهبا في أكثر منها إلى أجل، فيقول له: أسلفك درهما في اثنين إلى أجل، فيقول له: لا أعطيك في الدرهم إلا درهما وربعا، فيتراضان ويتفقان على أن يربح معه في الدرهم نصف درهم، ثم يقول له: هذا لا يحل، ولكن عندي سلعة قيمتها مائة درهم أبيعها منك بمائة وخمسين إلى شهر، فتبيعها أنت بمائة فيتم لك مرادك، فيرضى بذلك ويأخذ السلعة منه ويبيعها بثمانين ثم يرجع إليه فيقول له: إني قد وضعت في السلعة وضيعة كثيرة فحط عني من المائة والخمسين ما يجب للعشرين التي وضعتها في السلعة، فيضع عنه ثلاثين تتميما للمراوضة التي عقدا بيعهما عليها، فيؤول أمرهما إلى أن أسلم إليه ثمانين في مائة وعشرين، فهذا وجه كراهية مالك - رَحِمَهُ اللَّهُ - للوضيعة في هذه المسألة"[1].

فصورة البيع تتم حسب التوصيف الفقهي للمسألة بشكل فردي في الأصل، أي أن يقوم المحتاج للنقد بشراء السلعة ويقبضها قبضاً حقيقياً بحيث تقع في ضمانته، ثم يبيعها إلى غير البائع نقداً، ووفقاً لهذه الصورة فإن بيع التورق الفقهي الحقيقي يختلف عن حقيقة التورق المصرفي، ـــ حيث يكون المحتاج غير قابض للسلعة التي اشتراها، فلا يستطيع بيعها لا بنفسه ولا بتوكيله ـــ.

الفرع الثاني: آراء المذاهب من بيع التورق

وجدنا في المبحث الأول ان الفقهاء مجمعون على معنى فتح الذرائع من الناحية الموضوعية، ويحاول هذا المطلب الوقوف على مشروعية حكم التورق الفقهي، ولقد أختلف العلماء بشان هذا الموضوع، كل حسب زاوية نظره، ويمكن الوقوف على اتجاهين رئيسيين في ذلك، الفقرة (أ) عرض آراء أصحاب المذاهب الأربعة المجيزين مع أدلتهم واستعراض النصوص الفقهية، والفقرة (ب) المانعين مع أدلتهم وآرائهم، ثم مناقشة كلا الطرفين وإثبات الرأي الراجح، الذي تدعمه الأدلة، ويؤيده الواقع الحالي.

أ) الرأي الأول: قال جمهور الفقهاء بجواز التورق من الحنفية والمالكية والشافعية والمعتمد عند الحنابلة، الا ان اسم التورق لم يرد في المذاهب الثلاثة الأول، فقد اشاروا لحكمها الشرعي دون اطلاق اي تسمية خاصة عليها[2].

ب) الرأي الثاني: خالف ابن تيمية وتلميذه ابن القيم قول الجمهور بقولهما بتحريمه[3].

---

[1]) المقدمات الممهدات، ٤٣/٢.

[2]) ينظر: بدائع الصنائع، ١٩٩/٥، القوانين الفقهية، ص ١٧٩، الام، ٧٩/٣، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المرداوي، ٣٣٧/٤.

[3]) ينظر: القواعد النورانية الفقهية، ص ١٧٥، إعلام الموقعين، ١٣٥/٣.

(أ) المجيزون لبيع التورق الفردي مع أدلتهم: ذهب جمهور الفقهاء إلى جوازه كما يأتي:

●أولاً: مذهب الحنفية: لقد نص الإمام البابرتي[١] بشرحه على الهداية بقوله: "... فَلَا يَجُوزُ بِخِلَافِ مَا إذَا بَاعَهُ مِنْ غَيْرِهِ لِأَنَّ الرِّبْحَ لَا يَحْصُلُ لِلْبَائِعِ، وَبِخِلَافِ مَا إذَا اشْتَرَاهُ الْبَائِعُ بِوَاسِطَةِ مُشْتَرٍ آخَرَ لأنه لَمْ يَعُدْ إليه الْمُسْتَفَادُ مِنْ جِهَتِهِ لِأَنَّ اختلاف الْأَسْبَابِ بِمَنْزِلَةِ اختلاف الْأَعْيَانِ"[٢].

يفهم من خلال الصيغة المعبر عنها جواز التورق المشروع في مذهب الحنفية، ويؤكد ذلك ما هو موجود في مدوناتهم المعتمدة صريحةً في أن من باع سلعة بثمن مؤجل، فباعها لشخص ثالث فذلك جائز شرعاً، لانتفاء الذريعة إلى الربا في ذلك[٣]، وهو ما ارتضاه خاتمة المحققين في مذهب الحنفية ابن عابدين في حاشيته[٤].

●ثانياً: مذهب المالكية: صرح الإمام الصنهاجي إلى جواز التورق بقوله: "فيمن باع سلعةً بثمن إلى اجل ثم ابتاعها من فوره بثمن اقل منه نقداً من المبتاع منه ان البيع الثاني باطل، لأنه ذريعة الربا.....لأنه بيع يتذرع به الربا المحظور فلم يجز، كما لو قُصدَ إليه، ولها شرائط: وهي ان يكون البائع الأول هو المبتاع، وان يكون البيع الثاني قريباً من الأول"[٥].

يفهم من هذا النص أن المبتاع اذا كان غير البائع الأول فلا حظر في ذلك، وهي مسألة التورق، فمقتضى الشرط الأول اذا انتفي تحصل من ذلك كله جواز البيع مطلقاً في مذهب الإمام مالك، وان لم يسمونه تورّقاً، ويتضح ذلك جلياً في مسألة بيوع الآجال[٦].

●ثالثاً: مذهب الشافعية: نص الأئمة الشافعية إلى جواز التورق، ومنهم الإمام الغزالي الذي قال: "... أنه ثمن يجوز بيع السلعة به من غير بائعها فيجوز من بائعها كما لو اشتراه بسلعة أو بمثل ذلك الثمن أو أكثر"[٧].

---

[١]) وهو محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله بن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرتي: علامة بفقه الحنفية، عارف بالأدب. نسبته إلى بابرتي (قرية من أعمال دُجيل ببغداد) أو (بابرت) التابعة لأرزن الروم - أرضروم - بتركيا. رحل إلى حلب ثم إلى القاهرة، وعرض عليه القضاء مرارا فامتنع. وتوفي بمصر. من كتبه (شرح تلخيص الجامع الكبير للخلاطي، العقيدة). ينظر: الأعلام، ٤٢/٧.

[٢]) العناية شرح الهداية - محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرتي (المتوفى: ٧٨٦هـ) الناشر: دار الفكر، ٤٣٤/٦.

[٣]) ينظر: ينظر: فتح القدير، ٢١١/٧-٢١٣، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي (المتوفى: ٧٤٣ هـ)، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة - الطبعة: الأولى، ١٣١٣ هـ، ٥٥/٤.

[٤]) ينظر: رد المحتار على الدر المختار(حاشية ابن عابدين)، ابن عابدين، - دار الفكر- بيروت - الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ، ٣٢٦/٥.

[٥]) النظائر في الفقه المالكي، ابو عمران الفاسي، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ١٤٢١ه، ص ٢٨-٢٩.

[٦]) ينظر: بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير المسمى أقرب المسالك، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي (المتوفى: ١٢٤١هـ) - دار المعارف، ١١٨/٣، المقدمات الممهدات، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: ٥٢٠هـ)، دار الغرب الإسلامي، الطبعة: الأولى، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م، ٣٩/٢.

[٧]) ينظر: فتح العزيز بشرح الوجيز، عبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني (المتوفى: ٦٢٣هـ)، دار الفكر، ٢٣٢/٨.

يشير ما قبل النص إلى ان الرجل اذا اشترى من غيره سلعة فقبضها وكان الثمن إلى اجل ، فلا بأس ان يبتاعها من الذي اشتراها منه ومن غيره بنقد اقلَّ أو أكثر مما اشتراه به، ويؤكد ذلك قول صاحب المذهب في كتابه الام[1].

●رابعاً: مذهب الحنابلة: لقد نص الإمام احمد على جواز التورق، وهو القول المعتمد في المذهب، كما ان الحنابلة سموا هذا النوع بهذا الاسم دون غيرهم من بقية المذاهب وأهل العلم، وقد نصّ ابن مفلح[2] على جوازه بقوله: "وَلَوْ احْتَاجَ إلى نَقْدٍ فَاشْتَرَى مَا يُسَاوِي مِائَةً بِمِائَتَيْنِ فَلَا بَأْسَ، نَصَّ عَلَيْهِ، وَهِيَ التَّوَرُّقُ"[3].

وعلى ذلك فنصوص الحنابلة في كتبهم المعتمدة صريحة في جواز التورق، لان الربح لا يحصل للبائع الأول، فقد نصوا على صورته، وسموه باسمه، لانتفاء حيلة الربا في ذلك[4].

بيان استدلال المجيزين في المسألة بالكتاب والسنة والقياس:

❖ **أدلة الجمهور:**

- الكتاب: فقوله تعالى:﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ ﴾[5]، وقوله: ﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ ﴾[6]، فان لفظ البيع في الآية الأولى محلى بال، فيفيد العموم على اباحة كل بيع الا ما دلّ دليل بحرمته، فعموم النصوص دالة على جواز كل بيع الا ما خص بدليل، وعلى ذلك نص الإمام الشاطبي بقوله: " وَالْقَاعِدَةُ الْمُسْتَمِرَّةُ فِي أَمْثَالِ هَذَا التَّفْرِقَةِ بَيْنَ الْعِبَادَاتِ وَالْمُعَامَلَاتِ، فَمَا كَانَ مِنَ الْعِبَادَاتِ لَا يُكْتَفي فِيهِ بِعَدَمِ الْمُنَافَاةِ دُونَ أَنْ تَظْهَرَ الْمُلَاءَمَةُ؛ لِأَنَّ الأصل فِيهَا التَّعَبُّدُ دُونَ الِالْتِفَاتِ إلى الْمَعَانِي، وَالأصل فِيهَا أَنْ لَا يُقْدِمَ عَلَيْهَا إِلَّا بِإِذْنٍ؛ إِذْ لَا مَجَالَ لِلْعُقُولِ فِي اخْتِرَاعِ التَّعَبُّدَاتِ؛ فَكَذَلِكَ مَا يَتَعَلَّقُ بِهَا مِنَ الشُّرُوطِ، وَمَا كَانَ مِنَ الْعَادِيَّاتِ يُكْتَفي فِيهِ بِعَدَمِ الْمُنَافَاةِ؛ لِأَنَّ الأصل فِيهَا الِالْتِفَاتُ إِلى الْمَعَانِي دُونَ التَّعَبُّدِ، وَالأصل فِيهَا الْإِذْنُ حَتَّى يدلَ الدليل على خلافه"[7]، وهكذا عند بقية الفقهاء فأصل البيوع كلها مباح[8].
- السنة: استدل المجيزون بعموم الاحاديث الواردة في البيوع الدال على ذلك، وأن التورّق شبيه بالمخرج الشرعي الذي أرشد إليه الحبيب المصطفي صلى الله عليه وسلم، صاحب

---

[1]) ينظر: الام، ٧٩/٣، مغني المحتاج، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي ، دار الكتب العلمية - الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ، ٣٩٦/٢.

[2]) وهو محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي الراميني ثم الصالحي: أعلم، أهل عصره بمذهب الإمام أحمد بن حنبل. ولد ونشأ في بيت المقدس، وتوفي بصالحية دمشق(٧٠٨ - ٧٦٣ هـ). ومن تصانيفه (الفروع، الآداب الشرعية الكبرى، اصول الفقه).

[3]) الفروع وتصحيح الفروع، محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي الرامينى ثم الصالحي الحنبلي (المتوفى: ٧٦٣هـ) - مؤسسة الرسالة - الطبعة: الأولى ١٤٢٤ هـ، ٣١٦/٦.

[4]) ينظر: المبدع في شرح المقنع، برهان الدين (المتوفى: ٨٨٤هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان - الطبعة: الأولى، ١٤١٨ هـ، ٤٩/٤، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٣٣٧/٤.

[5]) سورة البقرة: من الآية ٢٧٥.

[6]) سورة الانعام: من الآية ١١٩.

[7]) الموافقات، ٤٤٠/١.

[8]) ينظر: قواطع الأدلة في الأصول، ٦٣/٢، شرح مختصر الروضة، ٤٠٠/١.

التمر الرديء الذي يريد الحصول على تمر جيد بدله بقوله: ((لاَ تَفْعَلْ، بِعْ الجَمْعَ بِالدَّرَاهِمِ، ثُمَّ ابْتَعْ بِالدَّرَاهِمِ جَنِيبًا))[1]، فقد علمه ان يبتعد عن الصورة غير الشرعية، وان يستبدلها بعقدين صحيحين لا صلة بينهما، لتحقيق صحة العقدين المشار إليهما وفق صورته الشرعية، لأنه قصدٌ سائغٌ شرعاً، وكذلك الأمر في التورق، لان البيع قد توافرت فيه اركانه وشروطه وان نية حصوله على النقد لا أثر لها في بطلان العقد، ثم ان هذه النية ليست محرمة فهي في اطار المباح، لان قصد التورق الحصول على النقد للتوسع فيه، أو لوفاء دين حال، وهو أمر جائز كأصل شرعي، فنية الحصول في هذا الاطار ليست محرمة من حيث المبدأ[2]، وقد بين العلامة في علم المقاصد أبن عاشور[3] بقوله: "اسمُ "اسمُ التحيّل يفيد معنىً ابراز عمل ممنوع شرعاً في صورة عمل جائز، أو ابراز عمل غير معتدٍ شرعاً في صورة عمل معتدٍ به لقصدٍ تفصيلي من مؤاخذته، فالتحيلُ شرعاً هو ما كان المنع فيه شرعاً والمانع الشارع، فأما السعي إلى عمل مأذون بصورة غير صورته أو بإيجاد وسائله فليس تحيلاً ولكنه يسمّى تدبيراً أو حرصاً أو ورعاً"[4].

- القياس: استدل القائلون ببيع التورق الفردي بالقياس، لان التورق يحتاج إليه للحصول على النقد من خلال عقد البيع، وله شبيه ونظير لمبايعات التجار المشروعة، وقد علق الإمام النسفي[5] من خلال رسالة الفاروق عمر بن الخطاب إلى ابي موسى الاشعري رضي رضي الله تعالى عنهما في أصول الافتاء والقضاء بقوله: "إِذَا وَقَعَتْ وَاقِعَةٌ لَا تَعْرِفُ جَوَابَهَا فَرُدَّهَا إلى أَشْبَاهِهَا مِنْ الْحَوَادِثِ تَعْرِفْ جَوَابَهَا"[6]، وفي هذه الحالة قد يبيع التاجر السلعة بغير ربح خوف كسادها أو ليحصل على ثمنها لحاجاته أو ضرورياته، وفي ذلك كله مصلحة معتبرة شرعاً له، فإن من المؤكد أن مصلحة التورق أو الاسترباح أو مصلحة الانتفاع بالمبيع، فكل ذلك قصدٌ مشروع لعدم وجود دليل شرعي معارض قطعاً[7]، وكما جاء في قول الإمام المزني[8]: "الْفُقَهَاءُ مِنْ عَصْرِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلى يَوْمِنَا

[1]) صحيح البخاري، باب اذا اراد بيع تمر بتمر خير منه، رقم الحديث ٢٢٠١، ٧٧/٣.
[2]) ينظر: منهج استنباط احكام النوازل الفقهية المعاصرة، مسفِر بن علي بن محمد القحطاني، ص٣٣٠.
[3]) وهو محمد الطاهر بن عاشور: رئيس المفتين المالكيين بتونس وشيخ جامع الزيتونة وفروعه بتونس.مولده ووفاته ودراسته بها (١٢٩٦ - ١٣٩٣ هـ). عين (عام ١٩٣٢) شيخا للإسلام مالكيا. وهو من أعضاء المجمعين العربيين في دمشق والقاهرة. له مصنفات مطبوعة، من أشهرها (مقاصد الشريعة الإسلامية، أصول النظام الاجتماعي في الإسلام، التحرير والتنوير)، ينظر: الأعلام، ١٧٤/٦.
[4]) مقاصد الشريعة الإسلامية، محمد الطاهر ابن عاشور – دار السلام – ط الرابعة – ١٤٣٠ هـ، ص ١٢١.
[5]) وهو عمر بن محمد بن أحمد بن إسماعيل، أبو حفص، نجم الدين النسفي: عالم بالتفسير والأدب والتاريخ، من فقهاء الحنفية. ولد بنسف وإليها نسبته، وتوفي بسمرقند (٤٦١ - ٥٣٧ هـ)، ومن مصنفاته: (الأكمل الأطوال، المواقيت، منظومة الخلافيات). الأعلام، ٦٠/٥.
[6]) طلبة الطلبة، عمر بن محمد بن أحمد بن إسماعيل، أبو حفص، نجم الدين النسفي (المتوفى: ٥٣٧هـ)، المطبعة العامرة، مكتبة المثنى ببغداد، النشر: ١٣١١هـ، ص ١٣٠.
[7]) ينظر: بحوث في الاقتصاد الإسلامي، ص ١٠-١١.
[8]) وهو إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل، أبو إبراهيم المزني: صاحب الإمام الشافعيّ. من أهل مصر ولد(١٧٥ه - ٢٦٤ هـ).كان زاهدا عالما مجتهدا قوي الحجة. وهو إمام الشافعيين. من كتبه (الجامع الكبير، الجامع الصغير، المختصر). الأعلام، ٣٢٩/١.

يَوْمِنَا وَهَلُمَّ جَرًّا اسْتَعْمَلُوا الْمَقَايِيسَ فِي الْفِقْهِ فِي جَمِيعِ الْأحكام مِنْ أمر دِينِهِمْ، قَالَ: وَأَجْمَعُوا أَنَّ نَظِيرَ الْحَقِّ حَقٌّ وَنَظِيرَ الْبَاطِلِ بَاطِلٌ"[١].

❖ مناقشة المجيزين:

الدليل الأول: ان الاستدلال بعموم الآية غير مسلم، لأنه استدلال بالعام، والعام[٢] ظني الدلالة على أفراده عند جمهور الفقهاء[٣]، حتى أصبح قولهم في ذلك قاعدة ما من عام إلا وقد خصص[٤]،فلا يسلم لهم ذلك في هذه الآية حتى لمن قال بقطعية العام، لان البيوع قد خصص بالنصوص التي تحرم بعض العقود كالبيعتين في بيعة والبيوع الفاسدة[٥]، وعليه فان الاستدلال بالعام مظنون به، وبذلك فإن دلالة الآية لا تبيح جميع البيوع الا ما ورد فيه الشرع أو كان موافقاً له أو عدم المنافاة لمقصد الشرع.

الدليل الثاني: استدلالهم بالحديث الذي يشير بعدم الاستبدال شيء بشيء اخر متفاضلاً معه وهو من جنسه، فهو دليل عليهم لا لهم، لان حقيقة التوجيه بعد النظر والتأمل في سياق الحديث عن تمر جنيب هو عدم الوقوع في الغبن مع مساواة السلعة، فالحديث يوجه الإنسان توجيها واضحاً بعدم تغيير حقيقة المعاملة نفسها من معاملة مرفوضة قائمة على الغبن إلى معاملة قائمة على مساواة حقيقية تؤدي فيها النقود دورها في الكشف عن الكشف عن الأنواع المتعددة من السلعة وفروقها الدقيقة[٦].

الدليل الثالث: ان استدلالهم بالمعقول بأن الأصل في المعاملات الحل إلا ما قام الدليل على منعه، استدلال صحيح في أصله مع انتفاء المحظور، وقد ثبت بالأدلة الواضحة على تحريم الحيل بالمعاملات، وأن من يظن جلب المصلحة عبر التحيل الشرعي انما هي أدلة غير متبصر بها، كما انه لا يمكن القياس على حديث تمر جنيب مثلاً، لان حيلة التورق مخالفة للحكم ومقصده، والفرق بين ان يستعمل الفعل إلى معاملة قائمة على مساواة حقيقية تؤدي فيها النقود دورها في الكشف كونها سببا لتحصيل مسببه وهو التمر الجيد، وبين استعمال الحيلة بصفة كونها مانعاً من فعل آخر، كما هو في مسألة التورّق[٧].

---

[١]) جامع بيان العلم وفضله، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (المتوفى: ٤٦٣هـ)، أبي الأشبال الزهيري، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية الطبعة: الأولى، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م، ٨٧٣/٢.

[٢]) هو اللَّفْظُ الْمُسْتَغْرِقُ لِجَمِيعِ مَا يَصْلُحُ لَهُ مِنْ غَيْرِ حَصْرٍ، اي يحكم فيه على كل فرد فهو كليٌّ، لايمنع من تصور مفهومه من وقوع الشركة فيه، فهو يتناول جميع الافراد التي يشملها.

[٣]) ينظر: ينظر: المحصول، للرازي، ٣٥٤/٢، شرح مختصر الروضة، ٥٦٣/٢، بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب،محمود بن عبد الرحمن (أبي القاسم)، أبو الثناء، شمس الدين الأصفهاني (المتوفى: ٧٤٩هـ)، المحقق: محمد مظهر بقا، دار المدني، السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٠٦هـ / ١٩٨٦م، ٣١٢/٢.

[٤]) ينظر: الأشباه والنظائر لابن للسبكي، ١٥٥/١.

[٥]) ينظر: البناية شرح الهداية، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابى الحنفى بدر الدين العينى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠ هـ، ١٩٨/٨.

[٦]) ينظر: إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، الجوزية، المحقق: محمد حامد الفقي، مكتبة المعارف، الرياض، المملكة العربية السعودية، ١٠٢/٢.

[٧]) ينظر: مقاصد الشريعة الإسلامية، ابن عاشور، ص ١٢٦- ١٢٨.

وأما قياسهم المتورق بالتاجر بأن التجار يقصدون من معاملاتهم التجارية الحصول على نقود أكثر بنقود أقل، وهو نفس مقصد المتورق، مع الفارق بين المعاملتين فالأولى الزيادة مع وجود الانتفاع، والثانية الزيادة مع خلو الانتفاع، فهذه من الامور التي ابتلينا به في زماننا بصورة عامة في الامور الصالحة المفضية إلى المفاسد، حتى صار شيئاً شائعاً في كثير من الاعمال[1].

(ب) عرض آراء المانعين مع أدلتهم: ذهب أبن تيمية وابن القيم إلى منع التورق كما يأتي:

●قال الشيخ أبن تيمية: " وَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرِي يَأْخُذُ السِّلْعَةَ فَيَبِيعُهَا فِي مَوْضِعٍ آخَرَ: يَشْتَرِيهَا بِمِائَةِ وَيَبِيعُهَا بِسَبْعِينَ لأَجلِ الْحَاجَةِ إلى دَرَاهِمَ. فَهَذِهِ تُسَمَّى: "مَسْأَلَةُ التَّوَرُّقِ"، وَفِيهَا نِزَاعٌ بَيْنَ الْعُلَمَاءِ وَالأَقْوَى أَيْضًا أَنَّهُ مَنْهِيٌّ عَنْهَا وَأَنَّهَا أصل الرِّبَا"[2]، ويؤكد ذلك في موضع آخر فقال: "أَن يَشْتَرِي السّلْعَة شِرَاء ثَابتا ثمَّ يَبِيعهَا للمستدين ثَانِيًا فيبيعها أحدهمَا فَهَذِهِ تسمى التورق لِأَن غَرَض الْمُشْتَرِي هُوَ الْوَرق فَيَأْخُذ مائَة وَيبقى عَلَيْهِ مائَة وَعِشْرُونَ مثلا فقد نَازع فِي ذَلِك السّلف والأقوى أَنه يُنْهَى عَنهُ"[3].

يستند هذا الرأي إلى ترجيح حرمة التورق، حيث ثمة محذور بالتعامل به، لان مقصود العقد الحصول على نقد معجلة في مقابل دراهم أكثر منها إلى اجل، فتحقق معنى الاقتراض بالربا، وقَالَ الخليفة العادل عمر بن عبد الْعَزِيز: "التورق أخبث رَبًّا"[4] فَإِن الله حرم أَخذ دَرَاهِم بِدَرَاهِم أَكثر مِنْهَا إِلَى أجل لما فِي ذَلِك من ضَرَر الْمُحْتَاج وَأكل مَاله بِالْبَاطِلِ وَهَذَا الْمَعْنى مَوْجُود فِي هَذِه الصُّورَة[5].

●قال أبن القيم: " وَهَذَا الْمُضْطَرُّ إنْ أَعَادَ السِّلْعَةَ إلى بَائِعِهَا فَهِيَ الْعِينَةُ، وَإِنْ بَاعَهَا لِغَيْرِهِ فَهُوَ التَّوَرُّقُ، وَإِنْ رَجَعَتْ إلى ثَالِثٍ يَدْخُلُ بَيْنَهُمَا فَهُوَ مُحَلِّلُ الرِّبَا، وَالْأقسام الثَّلَاثَةُ يَعْتَمِدُهَا الْمُرَابُونَ، وَأَخَفُّهَا التَّوَرُّقُ، وَقَدْ كَرِهَهُ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ، وَقَالَ: هُوَ أُخَيَّةُ الرِّبَا... وَكَانَ شَيْخُنَا - رَحِمَهُ اللَّهُ - يَمْنَعُ مِنْ مَسْأَلَةِ التَّوَرُّقِ، وَرُوجِعَ فِيهَا مِرَارًا وَأَنَا حَاضِرٌ، فَلَمْ يُرَخِّصْ فِيهَا، وَقَالَ: الْمَعْنَى الَّذِي لأجلِهِ حُرِّمَ الرِّبَا مَوْجُودٌ فِيهَا بِعَيْنِهِ مَعَ زِيَادَةِ الْكُلْفَةِ بِشِرَاءِ السِّلْعَةِ وَبَيْعِهَا وَالْخَسَارَةِ فِيهَا؛ فَالشَّرِيعَةُ لَا تُحَرِّمُ الضَّرَرَ الْأَدْنَى وَتُبِيحُ مَا هُوَ أَعْلَى مِنْهُ"[6].

يفهم من هذا الكلام ان المشتري يأخذ السلعة لأجل الحاجة إلى الدراهم، ليبيعها في موضع اخر فهي مسألة التورق وهو منهيٌّ عنه، حيث يترتب عليه مفاسد، منها اضاعة المال[7].

[1]) ينظر: إغاثة اللهفان، ١٠٣/٢.

[2]) مجموع الفتاوى، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني (المتوفى: ٧٢٨هـ) - مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، ١٩٩٥م – ٥٠٠/٢٩.

[3]) مختصر الفتاوى المصرية، ص ٣٢٥.

[4]) إقامة الدليل على إبطال التحليل، أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني، المحقق: حسنين محمد مخلوف، دار دار المعرفة، بيروت، لبنان، ص ١٣٨.

[5]) ينظر: الفروع وتصحيح الفروع، ٣١٦/٦، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٣٣٧/٤.

[6]) إعلام الموقعين، ١٣٥/٣.

[7]) ينظر: بحوث في الاقتصاد الإسلامي، ص ١٢.

بيان استدلال المانعين للتورّق من خلال السنة وسد الذرائع ومعاني المصلحة ومقاصدها:

أدلة المانعين:

١. السنة: أن التورق من بيع المضطر، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع المضطر[١]، فالعقد في هذا الموضع منهيٌ عنه، وكما جاء عن أبن عباس رضي الله عنه أنه قال: " إِذَا اسْتَقَمْتَ بِنَقْدٍ، وَبِعْتَ بِنَقْدٍ، فَلَا بَأْسَ بِهِ، وَإِذَا اسْتَقَمْتَ بِنَقْدٍ فَبِعْتَ بِنَسِيئَةٍ، فَلَا، إِنَّمَا ذَلِكَ وَرِقٌ بِوَرِقٍ"[٢]، وإن التورق ليس بديلا للقرض النقدي وإنما هو شبيه به، ومثيل له، وهو استبدال الذي هو أدنى بالذي هو خير، ولهذا حرمها الشارع لأنها من الظلم، وأما زيادة الثمن في البيع الذي ذكره الفقهاء فهو لاعتبار الأجل ، وليس في مبادلة نقد بنقد، وهو ما يوافق قول محمد بن سيرين[٣] رحمه الله بقوله: " إذا أراد أن يبتاعه بنقد فليساومه بنقد وإن كان يريد أن يبتاعه بنساء فليساومه بنساء، كرهوا أن يساومه بنقد ثم يبيعه بنساء لئلا يكون المقصود بيع الدراهم بالدراهم"[٤].

٢. سدّ الذرائع الموصلة إلى محظور، وذلك ان التورق وسيلة إلى الربا فلابد ان يكون محرماً، كما هو الحال في بيع العينة، بل ربما يكون التورق أعظم ضرراً من العينة، لأنه يبيعها إلى غير البائع الأول فيكون أكثر كلفة عليه، واعظم لخسارته[٥]، وحصول المتورق المحتاج على النقد المعجل مقابل بدل أكثر منه انما هو محظور شرعاً، لمناقضتها لأصل تشريعي وهي مسألة القرض الربوي والعينة التي هي حيلة إليه[٦]، ولا يخفي ان المعنى الذي لأجله حرِّم الربا متحقق في مسألة التورق وهي شقيقة مسألة العينة حيث يترتب ظلم المقرِض للمقترض بأخذ زيادة الكلفة في عقد معاوضة ماليه مقابل تأجيله[٧].

٣. الامور بمقاصدها[٨]، فان مقصد الحصول على السلعة لها مقاصد عدة، منها ان ينتفع بها كالأكل والشرب، ومنها ان يتجر بها للربح والزيادة وهذه التجارة التي اباحها الله، ومنها أن لا يكون مقصده لا هذا ولا هذا، بل مقصوده النقد لحاجته إليها، مع ترتب الضرر بزيادة آجلة وهو أصل الربا، وجاء عن أبن تيمية بحرمته المرتبط بنية المشتري بقوله: "قَدْ تَنَازَعَ فِيهِ السَّلَفُ وَالْعُلَمَاءُ. وَالْأَقْوَى أَيْضًا أَنَّهُ مَنْهِيٌّ عَنْهُ كَمَا قَالَ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ مَا مَعْنَاهُ: أَنَّ التَّوَرُّقَ أصل الرِّبَا؛ فَإِنَّ اللَّهَ حَرَّمَ أَخْذَ دَرَاهِمَ بِدَرَاهِمَ أكثر مِنْهَا إلى أَجَلٍ لِمَا فِي ذَلِكَ مِنْ ضَرَرِ الْمُحْتَاجِ وَأَكْلِ مَالِهِ بِالْبَاطِلِ وَهَذَا الْمَعْنَى مَوْجُودٌ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ وَإِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ وَإِنَّمَا لِكُلِّ أمرئٍ مَا نَوَى. وَإِنَّمَا الَّذِي أَبَاحَهُ اللَّهُ الْبَيْعَ

---

[١]) ينظر: مسند الإمام أحمد، رقم الحديث ٩٣٧، ٢٥٢/٢.

[٢]) مصنف عبد الرزاق، رقم الحديث ١٥٠٢٨، ٢٣٦/٨.

[٣]) وهو محمد بن سيرين البصري، الأنصاري بالولاء، أبو بكر: إمام وقته في علوم الدين بالبصرة. تابعي. من من أشراف الكتّاب. مولده ووفاته في البصرة (٣٣ - ١١٠ هـ). نشأ بزازا، في أذنه صمم. وتفقه وروى الحديث، واشتهر بالورع وتعبير الرؤيا. واستكتبه أنس بن مالك، بفارس. وكان أبوه مولى لأنس. ينسب له كتاب تعبير الرؤيا. ينظر: الأعلام، ١٥٤/٦.

[٤]) إقامة الدليل على إبطال التحليل، ص ١٣٨.

[٥]) ينظر: إعلام الموقعين، ١٣٨/٣.

[٦]) ينظر: بحوث في الاقتصاد الإسلامي، ص ١١.

[٧]) ينظر: إعلام الموقعين، ١٣٨/٣.

[٨]) ينظر: الأشباه والنظائر لابن للسبكي، ١٢/١.

وَالتِّجَارَةَ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ الْمُشْتَرِي غَرَضَهُ أَنْ يَتَّجِرَ فِيهَا. فَأَمَّا إذَا كَانَ قَصْدُهُ مُجَرَّدَ الدَّرَاهِمِ بِدَرَاهِمَ أكثر مِنْهَا: فَهَذَا لَا خَيْرَ فِيهِ"[1]، فالبيع والشراء والاجارة وغيرها من المعاوضات والتمليكات المالية التي لها معاني ومقاصد، فاذا اقترن بها ما يخرجها عن الافادة التي وضعت له، ترتب على ذلك الاثر أمر يقتضي أن يكون على مُقتضى ما هو المقصود من ذلك الأمر[2].

٤. المصلحة: طرق الاستدلال ان لا تخالف عملاً غير معتدٍ شرعاً في صورة مأذون فيه، تحصيلاً لسعي إلى ابراز عمل مأذونٍ بصورته غير معتد به، وهو ما كان المانع فيه الشارع، وهذا ما اراده الشيخان من قبل الحيل، فالمراد بالتحيل اذا كان العمل في ظاهره على أصل المشروعة، وباطنه مخالفة لمقصود الشارع فيها، فالفعل غير صحيح[3].

وثبت عن أبن تيمية رحمه الله أنه قال: "وَلَوْ كَانَ مَقْصُودُ الْمُشْتَرِي الدَّرَاهِمَ وَابْتَاعَ السِّلْعَةَ إلى أَجَلٍ لِيَبِيعَهَا وَيَأْخُذَ ثَمَنَهَا، فَهَذَا يُسَمَّى التَّوَرُّقَ... فَفِي الْجُمْلَةِ: أَهل الْمَدِينَةِ وَفُقَهَاءُ الْحَدِيثِ مَانِعُونَ مِنْ أنواع الرِّبَا مَنْعًا مُحْكَمًا مُرَاعِينَ لِمَقْصُودِ الشَّرِيعَةِ وَأصولها، وَقَوْلُهُمْ فِي ذَلِكَ هُوَ الَّذِي يُؤْثَرُ مِثْلُهُ عَنِ الصَّحَابَةِ، وَتَدُلُّ عَلَيْهِ مَعَانِي الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ"[4]، ويلخص معاني كلامهِ ان الاعمال كلها أو بعضها منوطة بمقصد شرعي على وجه ضبطها الشرع، وجعلها علامة عليها ومعرفة بها، فاذا سُلب العمل منه الحكمة التي روعيتْ في سببه، تغير مسار العقد وكان فعلُه خالياً من الحكمة لتحصيل مقصده ولكن فيه اضاعة مال حقٍ، فذلك التسبب يُسمى حيلةً[5].

❖ **مناقشة المانعين:**

الدليل الأول: احتج المانعون بحديث بيع المضطر، وهو حديث ضعيف لا يصح الاحتجاج به عند علماء الحديث[6]، وأننا لو سلمنا بمنع بيع المضطر فيجب التنبيه إلى انه ليس كلُّ مضطر منهياً عنه، انما المنهي عنه أن يضطر إلى العَقْد من طريق الإكراه عليه، فهذا فاسد لا ينعقد، ولم يقل المانعين على عموم بيع المضطر، بل خصّوه بحالة الظلم والغبن الفاحش في مبايعة المضطر، فهو بيع صحيح لازم عن تراضٍ لم يجبره عليه أحد[7]، ويوضح ذلك ويؤكده أنه لا يوجد أحد من أهل العلم يقول ببطلان بيع المضطر على عمومه وننظر إلى بعض اقوال العلماء،

---

[1]) مجموع الفتاوى، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني (المتوفى: ٧٢٨هـ) - مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، ١٩٩٥م، ٤٣٤/٢٩.

[2]) ينظر: شرح القواعد الفقهية، أحمد بن الشيخ محمد الزرقا [١٢٨٥هـ - ١٣٥٧هـ]، صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم - دمشق / سوريا، الطبعة: الثانية، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م، ص ٤٧.

[3]) ينظر: الموافقات، ١٢٠/٣، إعلام الموقعين، ١٣٥/٣.

[4]) القواعد النورانية الفقهية، ص ١٧٦.

[5]) ينظر: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، د. محمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر – دمشق، الطبعة: الأولى، ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م، ٤٠٤/١، مقاصد الشريعة الإسلامية، ابن عاشور، ص ١٢٢- ١٢٤.

[6]) ينظر: بيان الوهم والإيهام في كتاب الأحكام، علي بن محمد بن عبد الملك الكتامي الحميري الفاسي، أبو الحسن ابن القطان (المتوفى : ٦٢٨هـ)، المحقق : د. الحسين آيت سعيد، دار طيبة – الرياض، الطبعة : الأولى، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م، ١٥٧/٢.

[7]) ينظر: بحوث في الاقتصاد الإسلامي، ص ١٤-١٥.

قال الإمام البهوتي[١]: "(وَإِنْ أُكْرِهَ) إنْسَانٌ (عَلَى وَزْنِ مَالٍ فَبَاعَ مِلْكَهُ) فِي ذَلِكَ (صَحَّ) الْبَيْعُ؛ لأنه غَيْرُ مُكْرَهٍ عَلَيْهِ (وَكُرِهَ الشِّرَاءُ) مِنْهُ (وَهُوَ بَيْعُ الْمُضْطَرِّينَ) قَالَ فِي الْمُنْتَخَبِ: لِبَيْعِهِ بِدُونِ ثَمَنِهِ أَيْ: ثَمَنِ مِثْلِهِ"[٢]، قال الإمام الحطاب المالكي[٣]: "أَنَّ الْمُكْرَهَ لَا يَلْزَمُهُ بَيْعُهُ فَإِنَّهُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يُلْزِمَ الْمُشْتَرِيَ الْبَيْعَ، وَبَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ مَبِيعَهُ... فَلَهُ إجَازَةُ الْبَيْعِ"[٤]، قال الإمام الماوردي: "وَإِنْ كَانَ الْبَيْعُ إِذَا لَمْ يَقْتَرِنْ بِهِ الْإِكْرَاهُ جَائِزًا بِكُلِّ حَالٍ"[٥]، وبهذا نصل إلى عدم التلازم بين بيع التورق والاضطرار مع صحة البيع عند أكثر العلماء[٦].

الدليل الثاني: الحيل المبحوث عنها إلى فساد معتبر وهي في ذاتها لا مفسدة فيها عبر سد الذرائع، قد تكون مبطلة لمقصد الشارع من الصلاح وقد لا تكون مبطلة، كما بين ذلك الإمام القرافي في محل النزاع ذريعة الفساد خاصة وهي بيوع الآجال[٧]، بقطع النظر عن مآلها يجب ضبط ذلك عبر التوازن بين ما في الفعل الذي هو ذريعةٌ من المصلحة وما في مآله من المفسدة، فترجع إلى قاعدة تعارض المصالح والمفاسد[٨]، فينبغي ان تذكر أدلة خاصة لمحل النزاع، وذلك تابع لمقدار اتضاح الافضاء إلى المفسدة وخفائه وكثرته وقلته ووجود معارض ما يقتضي الغاء المفسدة وعدم المعارض، فمقصد سد الذرائع مقصد تشريعي عظيم استفيد من استقراء تصرفات الشريعة، ولكن المقاصد لا تأثير لها في اختلاف التشريع، وانما جعلت علامةً على التمالي على احلال المفسدة الممنوعة[٩]، فيظهر لنا ان سدّ الذرائع قابل للتضييق والتوسع في اعتباره بحسب ضعف الوازع عند الناس وقوته، فان احتجاج المانعين بان المعنى الذي لأجله حرّم الربا موجودٌ في مسألة التورق، بينما التحيل التي ينبغي ان تسدّ غلبة المفسدة باعمال يأتيها بعض الناس للتخلص من حق شرعي على حساب مصلحة الأصل، ولا يخفي ان بائع السلعة نسيئة للمتورق ليس بآخذ زيادة على راس المال في قرض ربوي أو حيلة إليه، وانما هو بائع سلعته منه بثمن مؤجل عادل زائد على الحال وهو جائز شرعاً[١٠]، ثم انه لا صلة بين ذلك البيع وبين عقد البيع الثاني المستقل بنقد أقل مما اشتراه به من البائع الأول، وذلك اساس التفرقة بين الربا والتورق، ولم ارَ هذا المعنى متحققٌ وجود المفسدة من حيث تطبيق الأوصاف الظاهرة لمسألة التورق

---

[١]) وهو منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي: شيخ الحنابلة في عصره. نسبته إلى (بهوت) في غربية مصر ولد (١٠٠٠ - ١٠٥١ هـ). له كتب، منها (الروض المربع شرح زاد المستقنع المختصر من المقنع، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، إرشاد أولي النهى لدقائق المنتهى). الأعلام، ٣٠٧/٧.

[٢]) كشاف القناع عن متن الاقناع، منصور بن يونس البهوتى الحنبلى - دار الكتب العلمية، ١٥٠/٣.

[٣]) وهو محمد بن محمد بن عبد الرحمن الرعينيّ، أبو عبد الله، المعروف بالحطاب: فقيه مالكي، من علماء المتصوفين. أصله من المغرب. ولد واشتهر بمكة، ومات في طرابلس الغرب (٩٠٢ - ٩٥٤ هـ). من كتبه (قرة العين بشرح ورقات إمام الحرمين، استخراج أوقات الصلاة بالأعمال الفلكية بلا آلة). ينظر: الأعلام، ٥٨/٧.

[٤]) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ٢٤٩/٤.

[٥]) الحاوي الكبير، ٤١١/٥.

[٦]) ينظر: عون المعبود شرح سنن أبي داود، محمد أشرف بن أمير بن علي بن حيدر، أبو عبد الرحمن، شرف الحق، العظيم آبادي (المتوفى: ١٣٢٩هـ)، دار الكتب العلمية – بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٥ هـ، ١٦٩/٩.

[٧]) ينظر: الفروق، ٢٦٦/٣.

[٨]) ينظر: الموافقات، ١٢٤/٣.

[٩]) ينظر: الفروق، ٢٦٧/٣-٢٦٨.

[١٠]) ينظر: العدة في أصول الفقه، القاضي أبو يعلى، ٢٩٥/١.

وضبطها، بل ربما تعدُّ من الحيل التي لا تكون مبطلة لمقصد الشارع، اذ قد اتفقنا على ان الحيلة مخالفة للحكم ومفوتةٌ للمقصد، ولذلك سميت حيلة، فهل يمكن بذلك الحاق التورق بأصل كالربا وليس بينهما تشابه في العلة، فكيف نجعله أصلا للقياس، فمن الغفلة ان يقاس على مثل هذه الحيل فتجعل أصلاً للقياس، بدعوى خشية الوقوع في المحظور وهو المسمى في السنة بالتعمق والتنطع[1].

الدليل الثالث: الامور بمقاصدها على أمر يكون على مُقْتَضى مَا هُوَ الْمَقْصُود من ذَلِك الأمر من غير تحيلٍ يفوت المقصد الشرعي كله، فلا شك أنه لا يوجد أصل شرعي بالتفريق في الحكم بين من قَصدهُ من الشراء القنيةُ أو الانتفاع بالمبيع أو الاتجارُ به وبين مَن قصده بيعه والانتفاع بثمنه، اذ كلٌ من هذه القصود جائز مشروع[2]، لان الشخص عندما يشتري الاعيان يكون غرضه اما عين السلعة وهي الانتفاع بها، أو عوضها وكلاهما غرض صحيح عبر عقود مشروعة مرخَّصٌ فيها، مع انتفاء دليل حاظر ووجود المشابه والنظير لمسألة التورق كعقد السَّلم المبني على الغبن ونقصان الثمن[3].

بل يوجد عقود أكثر مشابهة بمسألتنا من حيث الصورة والمعنى مع حكمهم بمشروعيتها، ويتضح ذلك في مشروعية القرض الحسن الذي يتم مقابل جعلٍ له بناء على طلب المقترض، يلتزم الذي يقترضِ للمحتاج النقود بسبب الجاه بأكثر من المبلغ الذي اقترضه، والزيادة لا تكون للمقرض بل جَعَالَةً لمن أعانه على الحصول عليه ولا حرج شرعاً في ذلك، وقد نصّ ابن مفلح على جوازه بقوله: "اقْتَرِضْ لِي مِائَةً وَلَكَ عَشَرَةٌ صَحَّ؛ لأنه فِي مُقَابَلَةِ مَا بَذَلَهُ مِنْ جَاهِهِ[4]" فالوكالة فالوكالة والجعالة من محاسن شريعة الاسلام، إذ فيها قضاء حوائج المحتاجين إلى مباشرة أفعالٍ لا يقدرون عليها بأنفسهم[5]، فلما تحقق فيما مضى أن من مقاصد الشريعة التفرقة بين الأوصاف المقصودة للتشريع كالظلم في الربا، وبين الأوصاف المقارنة لها التي لا يتعلق بها غرض الشارع وان كانت على الحقيقة الشرعية، كالغبن الحاصل في مسألة التورق ولكنها لا تؤثر في صحة العقد. ويمكن اعتبار ذلك رد على المانعين في دليلهم الرابع المنوط بمقصد الشارع وحكمته[6].

❖ **مناقشة الأدلة وبيان الرأي الراجح:**

بعد النظر في أقوال العلماء وأدلتهم، وما يرد عليهم من اعتراضات ومناقشته، يمكنني القول في أدلة الفريقين والذي يبدو لي، وأميل إليه هو ترجيح الرأي الأول لما تندرج فيه الشروط المؤدية إلى النقد أو النسيئة مع اجتنابها الربا، ويستند الباحث إلى جواز التورق إلى ما يأتي:

١) ان بيع التورق جائز شرعاً، وبه قال جمهور الفقهاء، لان الأصل في البيوع التي تبنى عليه العقود المالية بين العباد هو اتباع التراضي ما لم يات النهي عنها المدلول عليه بقوله

---

[1]) ينظر: مقاصد الشريعة الإسلامية، ابن عاشور، ص ١٣٢.

[2]) ينظر: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، د. محمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر – دمشق، الطبعة: الأولى، ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م، ٤٠٥/١.

[3]) ينظر: بدائع الصنائع، ٢٠١/٥.

[4]) المبدع في شرح المقنع، ٢٠٢/٤.

[5]) فتح القدير، ابن الهمام، ٣/٨.

[6]) ينظر: مقاصد الشريعة الإسلامية، ابن عاشور، ص ١١٨.

تعالى: ﴿ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾[1]، ولم يظهر في هذا البيع رباً لا قصدا ولا صورة، وليس في الأدلة الصريحة ما يمنع من جواز التورق، كما ان الحاجة داعية إلى ذلك لقضاء التزاماته المالية أو ينفقه على نفسه وعياله[2].

٢) قياس الامور بأشباهها ونظائرها، فان بيع الغرر منهي عنه فقد ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزابنة وهو عدم العلم بالمماثلة كبيع العنب الرطب بالعنب الجاف[3]، علما انه صلى الله عليه وسلم رخّص في العرايا وهي مستثناة من المزابنة، وهو بيع الرطب على النخيل بتمر على الارض[4]، ولعل المعاملة ثَمَّ وجه بينها وبين مسألتنا، فمقصدها الخفي ما يتوصل به إلى الربا، ولا شك في أن هذا التحيل اذا كان لا ينافي مقصد الشارع كما ذكره الإمام الشاطبي بقوله: "إِذْ لَا يُسَلَّمُ الْحَاضِرُ فِي الْغَائِبِ – اي المؤجل- إِلَّا ابْتِغَاءَ مَا هُوَ أَعْلَى مِنَ الْحَاضِرِ فِي الْقِيمَةِ، وَهُوَ الزِّيَادَةُ"[5]، فهو جائز ويؤكد ذلك الإمام الكاساني ايضاً أنه قال: "وَلَا مساواة بَيْنَ النَّقْدِ، وَالنَّسِيئَةِ؛ لِأَنَّ الْعَيْنَ خَيْرٌ مِنْ الدَّيْنِ، وَالْمُعَجَّلَ أكثر قِيمَةً مِنْ الْمُؤَجَّلِ"[6]، وهو نوع من أنواع فتح الذرائع المستثناة من القاعدة، والجامع بينها هو الحاجة في الكل.

٣) يؤيد المجاميع الفقهية ما ذهب إليه رأي الجمهور، وقد أصدر قرار من قبل المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بجواز بيع التورق بضوابطه[7]، وأن التورق شبيه بالمخرج الشرعي كبيع السلم وهو بيع عاجل بآجل، وقد أحسن الإمام ابن عاشور حين لفت العناية في استنباط الأحكام فقال"... ألا ترى أن المقصد لا يؤثر في غير هذه الاحوال، فإن من كانت عادتُهُ المعاملة بالربا في الجاهلية فأسلمَ فحوَّل معاملتَهُ إلى السَّلم لم يكن في فعله منعٌ"[8].

الفرع الثالث: أثر فتح الذرائع في استنباط حكم التورق الفردي

الأصل في الشريعة تحقيق مصالح الناس والتوسعة عليهم بما يجلب النفع لهم، ويدفع الضرر عنهم، وأن الحكم الشرعي إنما جاء ليحقق مصالح الناس في شتى حياتهم الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، والمصلحة الاقتصادية تقتضي فتح الذرائع لعقد التورق الفقهي، فإن تقويم هذه المعاملة من الناحية الاقتصادية يعكس لنا صورةً من منافعها الاقتصادية على المجتمع، فارتباط الافعال المشروعة وفق النظر الذي يستهدف من وراء إيقاعه تحقيق مقاصد عيّنها لتحصيل المصالح، وإذا التبستْ هذه الافعال في وقت من الأوقات بما يفضي إلى نتائج غير مرادة

---

[1]) سورة النساء: من الآية ٢٩.

[2]) ينظر: تخريج الفروع على الأصول، للامام محمود بن احمد الزنجاني، حققه وعلق عليه محمد الصالح – الناشر: مطبعة جامعة دمشق – ١٩٦٢م، ص ٦٢.

[3]) ينظر: القوانين الفقهية، ص ١٦٩.

[4]) ينظر: لسان العرب، ٥٠/١٥.

[5]) الموافقات، ٣٨٢/٤.

[6]) ينظر: بدائع الصنائع، ١٨٧/٥.

[7]) ينظر: قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، القرارات من الأول إلى الثاني بعد المائة، (١٣٩٨-١٣٩٨- ١٤٢٤هـ)، ص ٣٢٠- ٣٢١.

[8]) ينظر: مقاصد الشريعة الإسلامية، ابن عاشور، ص ١٣١.

للشارع من وضع الأحكام، فلا يحتفظ بخاصية المشروعية بل يتجدد النظر الاجتهادي فيها إبقاءً وتعديلاً وإلغاءً بحسب ما يحقق مقصود الشارع في أصل ذلك الحكم، فالتورق الفقهي يفيد الحياة الاقتصادية، فمنافعه التي يحققها عبر البيع والشراء متحققةً، يقول الإمام الشاطبي: "يَكُونُ الْعَمَلُ فِي الأصل مَشْرُوعًا، لَكِنْ يُنْهَى عَنْهُ لِمَا يُؤُولُ إليه مِنَ الْمَفْسَدَةِ أو مَمْنُوعًا، لَكِنْ يُتْرَكُ النَّهْيُ عَنْهُ لِمَا فِي ذَلِكَ مِنَ الْمَصْلَحَةِ"[١].

وتظهر هنا الصلة بين فتح الذرائع وفكرة تطوير التورق الفردي، وفق الضوابط التي أوردناها، فالنظر في مآلات الافعال معتبر مقصود شرعاً، كانت الأفعال موافقة أو مخالفة، مما يدل على عناية الشارع بأفعال المكلفين قبيل مباشرتها إلى حين انتهائها، ليكون المكلف منضبطاً بقيود الشرع وحدوده، ابتداءً وانتهاءً، فتحقيق المناطات الخاصة في الوقائع مع مختلف الازمنة والأمكنة مما يساعد الأصولي على معرفة المآلات وحسن تقديرها، ليبني اجتهاده وإفتاءه على ذلك، وحتى يكون أقرب إلى تحقيق المآلات والنتائج التي يقصد منها[٢].

لهذا يقرر الإمام الشاطبي هذه الحقيقة بقوله: "وَالأدلة الدَّالَّةُ عَلَى التَّوْسِعَةِ وَرَفْعِ الْحَرَجِ كُلُّهَا، فَإِنَّ غَالِبَهَا سَمَاحٌ فِي عَمَلٍ غَيْرِ مَشْرُوعٍ فِي الأصل لِمَا يَؤُولُ إليه مِنَ الرِّفْقِ الْمَشْرُوعِ، وَلَا مَعْنَى لِلْإِطْنَابِ بِذِكْرِهَا لِكَثْرَتِهَا وَاشْتِهَارِهَا"[٣]، وفي النص يظهر بوضوح فتح الذرائع لما يؤول الفعل إلى المشروعية التفاتاً إلى المآل وإعمالاً له، ففتح الذرائع كما أسلفنا هو أجازة الوسائل التي تفضي إلى مصلحة راجحة في غالب الظن[٤].

يتضح لنا من هذه المقدمة والذي سبقها أن كلَّ النصوص الشرعية والأدلة العقلية والقواعد الفقهية والأصولية والمقاصدية، اجتمعت على عدم تفويت المصلحة الراجحة، حيث تظهر معالم معاني هذا الكلام بوضوح بقول ابن عاشور: "أن الشريعة قد عمدت إلى ذرائع المصالح ففتحتها بأن جعلتْ لها حكم الوجوب، وإن كانتْ صورتها مقتضية المنعَ أو الإباحةَ"[٥].

نتعرض الآن إلى مدى استفادة دليل فتح الذرائع من المؤسسات المالية المعاصرة في هذا المقام، ان صيغ الاتفاقيات التي تبرمها المؤسسات المالية للتورق الفردي لا تخلو من الاختلافات في بعض الجزئيات أو التفصيلات، ولكنها في الجملة تتفق مع قاعدة التورق الشرعية وآليته، وفق منظومة تعاقدية كبديل عملي منسق للتورق بعد ثبوت ملكيتها له، بغية توفير النقد المطلوب للعميل، لان أكثر اعتماد فتح الذرائع وفق المعاملات المعاصرة تدخل في مجال استحسان الضرورة أو الحاجة أو المصلحة، وقد أوضح ذلك الإمام الشاطبي بقوله: "أَنَّ الِاسْتِحْسَانَ غَيْرُ خارج عن مقتضى الأدلة، إلا أنه نَظَرٌ إلى لَوَازِمِ الأدلة وَمَآلَاتِهَا... وَالحاصل أَنَّهُ مَبْنِيٌّ عَلَى اعْتِبَارِ مَآلَاتِ الْأَعْمَالِ، فَاعْتِبَارُهَا لَازِمٌ فِي كُلِّ حكمٍ على الإطلاق"[٦].

ولا شك أنهما ينطبق عليها تمام الانطباق على قاعدة الاستثناء، فالاستحسان استثناء من الأصول العامة والقواعد الكلية، وفتح الذرائع استثناء من حكم عدم المشروعية بتجويز الممنوع

[١]) الموافقات،٥/١٨١- ١٨٢.
[٢]) ينظر:أثر الادلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، د. مصطفى ديب البُغا، ٥٦٨/٢.
[٣]) الموافقات،١٨٢/٥.
[٤]) فتح الذرائع وأثره في الفقه الإسلامي، د. محمد رياض الطبقجلي، ص ٢٧٢.
[٥]) ينظر: مقاصد الشريعة الإسلامية، ابن عاشور، ص ١٣٢.
[٦]) الموافقات،١٩٨/٥.

إذا كان يؤدي في ظرف من الظروف إلى مصلحة راجحة، فيلتقيان في مضمون الاستثناء، وهذا هو المبدأ الذي يجري عليه دليل فتح الذرائع، ونذكر الأن تركيب المنظومة التعاقدية لعملية التورق الفردي التي تدخل في مجال المعاملات المصرفية المعاصرة على النسق الآتي[١]:

أولاً: يقوم المصرف بشراء الكمية المطلوبة من الاعيان وفق المواصفات المحددة التي يرغب بها الزبون للحصول على ثمنها.

ثانياً: بعد تملك المصرف وقبضه للسلعة قبضاً حقيقياً، ثم يقوم بتسليمها للعميل بثمن معلوم مؤجل بحسب نظام التقسيط المتفق عليه بينهما.

ثالثاً: يقوم العميل ببيع تلك السلعة بعدما أمتلكه بقبضها بثمن نقدي معجل لطرف ثالث لا علاقة للمصرف به، ليوفر له ثمنها المقبوض لينتفع به. (وهو ما يسمى بالتورق الفردي).

ومن خلال المتابعة للمسألة وجدت أن هذا البيع أنما هو وسيلة للحصول على النقد اللازم، وهذا يدخل ضمن مسألة التورق ولكن إن تواطأ المصرف مع العميل، بأن يقوم المصرف بالشراء والبيع والمستورق بعيد عن العقود المترابطة، التي لا تنفك عن انشاء المعاملات وابرامها على نسق محدد، متتابع المراحل، بحيث يهدف إلى تحقيق إلى مساهمة على نطاق واسع لاكتساب المال واستغلاله بشكل غير شرعي فانه يدخل نفسه في مسألة الربا، وهذا الاسلوب اشبه ببيع النقد بالنقد، فهذا قرض ربا، لان العميل لم يتسلم البضاعة بل يتسلم ثمن البضاعة، وهذا التصرف منهي عنه، لان الأصل ان يكون المبيع موجوداً ومملوكاً للبائع، فقد قال النبي محمد صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام: ((لا تبع ما ليس عندك))[٢]، وفي هذا المقام أنَّ من أهم سمات وخصائص نظام التورق المنظم والمصرفي أنها مبنية في جوهرها وأساسها في بيع ما لا يملك، وهذا مخالف للقاعدة التي تقول: "لَا يجوز لأحد أَن يَتَصَرَّف فِي ملك الْغَيْر بِلَا إِذْنه"[٣]،تشمل اذن الشارع وإذن المالك، ولم يأذن الشارع لمخالفته في مبدأ القبض قبل البيع، وألزم الناس باتباعه[٤].

واذا كان الأمر في مجال عقد التورق تمر وفق هيكلية مترابطة متوالية، تقبل التفكيك والتغيير، وتجري في المصارف وفق نظام مستحدث لا يختلف بهدفه وصوره عن بيع العرايا الذي هو بيع ربوي استثني من القياس، وكما لا يختلف عن تحقيق غرض تمويلي كبيع السلم، وهذان العقدان مخالفان للقياس المقرر، باعتباره بيع بصورة مشبوهة لحكم الربا في بعض صوره، لقرب الانحراف عن السياق المتعارف في البيوع، وهو الانتفاع من العين، فكذلك مسألة التورق الفردي في مثله الاباحة على وجه الرخصة، تطبيقاً لمبدا الاباحة الأصلية فيما سكت عنه الشارع[٥].

---

[١]) ينظر: بحوث في الاقتصاد الإسلامي، ص ١٤.

[٢]) حديث صحيح لغيره، ينظر: مسند الإمام أحمد بن حنبل، المحقق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون، ٢٦/٢٤.

[٣]) ينظر: شرح القواعد الفقهية، أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، ص ٤٦١.

[٤]) ينظر: الفقه على المذاهب الأربعة، الجزيري، ١٤٨/٢.

[٥]) ينظر: المالية والمصرفية المعاصرة، د. نزيه حمّاد، ص ١٧٧.

وبناءً على ما تقدم أن عقد التورق يتخذ للتخلص من المآثم على الوجه الشرعي، بشرط أن تُباع السلعة التي يشتريها المستورق لشخص ثالث لا علاقة للمصرف به، وأن لا تؤول المعاملة بأي وجه من الوجوه إلى رجوع السلعة إلى بائعها الأول بثمن معجل أقل مما باعها به نسيئة، قال الإمام السرخسي: "فَالحاصل: أَنَّ مَا يَتَخَلَّصُ بِهِ الرَّجُلُ مِنْ الْحَرَامِ أو يَتَوَصَّلُ بِهِ إلى الْحَلَالِ مِنْ الْحِيَلِ فَهُوَ حَسَنٌ، وَإِنَّمَا يُكْرَهُ ذَلِكَ أَنْ يَحْتَالَ فِي حَقٍّ لِرَجُلٍ حَتَّى يُبْطِلَهُ أو فِي بَاطِلٍ حَتَّى يُمَوِّهَهُ أو فِي حَقٍّ حَتَّى يُدْخِلَ فِيهِ شُبْهَةً فَمَا كَانَ عَلَى هَذَا السَّبِيلِ فَهُوَ مَكْرُوهٌ، وَمَا كَانَ عَلَى السَّبِيلِ الَّذِي قُلْنَا أولًا فَلَا بَأْسَ بِهِ"[1]، ويوضح الإمام ابن حجر العسقلاني أقسام الحيل بقوله: " الْحِيَلِ... وَهِيَ عِنْدَ الْعُلَمَاءِ عَلَى أقسام بِحَسَبِ الْحَامِلِ عَلَيْهَا فَإِنْ تَوَصَّلَ بِهَا بِطَرِيقٍ مُبَاحٍ إلى إِبْطَالِ حَقٍّ أو إثبات بَاطِلٍ فَهِيَ حَرَامٌ أو إلى إثبات حَقٍّ أو دَفْعِ بَاطِلٍ فَهِيَ وَاجِبَةٌ أو مُسْتَحَبَّةٌ وَإِنْ تَوَصَّلَ بِهَا بِطَرِيقٍ مُبَاحٍ إلى سَلَامَةٍ مِنْ وُقُوعٍ فِي مَكْرُوهٍ فَهِيَ مُسْتَحَبَّةٌ أو مُبَاحَةٌ أو إلى تَرْكِ مَنْدُوبٍ فَهِيَ مَكْرُوهَةٌ"[2].

وكون عقد التورق الفردي منظومة تعاقدية قديمة، وأنها لا تعدو أن تكون بصيغة مطوَّرة محسّنة، ليست محل نهي في نص شرعي، وليست حيلةً ربوية ولا ذريعة إلى ربا أو حرام، كما أنه ليس هناك تناقض أو تضاد في الموجبات والأحكام بين عقودها وتنقلها المتعددة، وأن فتح الذرائع مخرجٌ شرعي محمودٌ لحصول المحتاج إلى السيولة المالية بمنأى عن القرض الربوي وذرائعه والحيل إليه، وذلك غرضٌ صحيح مشروع يتضمن مصلحة معتبرة مأذوناً بها شرعاً.

---

[1]) المبسوط، السرخسي، ٢١٠/٣٠.

[2]) فتح الباري شرح صحيح البخاري، ٣٢٦/١٢.

المطلب الثاني: أثر فتح الذرائع في التأمين التعاوني

معاملة التأمين التعاوني لم تكن موجودة في عصر الفقهاء المجتهدين، بل وجدت في هذا العصر الحديث، لكنهم قد وضعوا قوانين وقواعد شاملة جامعة لها، ولكل ما يماثلها، ما لا يخلو أحد المتعاقدين منه من غرم أو غنم، وحقيقته تمليك المال على المخاطرة، وهو يُعدُّ من المعاملات المعاصرة الملحة، والآراء عن عقد التأمين مختلفة بأدلتها، وما لا يدرك كله لا يترك جله، لذلك يحتاج الموضوع مناقشة الأدلة مع التركيز على الفتاوى الجماعية، فهي أولى بالاتباع، وأقرب منهجاً إلى أصلنا المقرر[1].

يحاول هذا المطلب ان يسلط الضوء على مفهوم التأمين التعاوني، وخصائصه وشروطه وآثاره، وحقيقته المصرفية المعاصرة، ويمكن من خلال التعريفات الوصول إلى حكمه الشرعي، للتعرف على تطبيقاته وفق مجال القول بفتح الذرائع على مقتضى المصلحة أو التوسعة.

الفرع الأول: تعريف التأمين التعاوني

❖ تعريف اللغوي للتأمين التعاوني:

التأمين التعاوني مركب إضافي من كلمتين التأمين والتعاون، ولا يمكن معرفة المركب الإضافي الا بمعرفة أجزائه، فلابد من تعريف كل منهما على حدة، وقد سبق تعريف التأمين لغة واصطلاحاً في الفصل السابق، والتعاون لغةً، أعَان بعضُهم بَعْضًا، والمراد في علم الاقتصاد مظهره تكوين جماعات لِلْقِيَام بِعَمَل مُشْتَرك لمصْلحَة الْأَعْضَاء والاستغناء عَن الْوَسِيط[2].

❖ التعريف الاصطلاحي للتأمين التعاوني:

١. عرَّف الأستاذ مصطفي الزرقا هذا النوع بقوله: "وهو تعاون مجموعة من الأشخاص ممن يتعرضون لنوع من المخاطر على تعويض الخسارة التي قد تصيب أحدهم، عن طريق اكتتابهم بمبالغ نقدية ليؤدي منها التعويض لأي مكتتب منهم عندما يقع الخطر المؤمَّن منه"[3].
٢. عرَّفه الدكتور عبداللطيف آل محمود بأنه: "نظام لتوزيع الخسائر المالية المحتملة، التي تلحق بالفرد في حياته أو أمواله وممتلكاته، على مجموعة من الأفراد يساهمون معه في تكوين رصيد مالي لهذا الغرض"[4].

ومعنى التأمين التعاوني هو أن تتعاون مجموعة من الناس بالتبرع بدفع مبلغ إلى صندوق خاص بهم لتعويض خسائر الخطر الذي قد يتعرض لها أحدهم، مثل أن يقوم أهل قرية أو جمعية أو سوق بإنشاء صندوق تعاوني من أموالهم بحيث يقدم كل منهم حصته منه قسط التأمين، ويُرصد المبلغ في صندوق الطوارئ بحيث يؤدي منه تعويض لأي مشترك منهم عندما يقع الخطر الذي أسس الصندوق لدفعه، كخطر السرقة، أو الاحتراق أو غيرهما، فيتبين أن التأمين التعاوني من عقود التبرع التي يقصد بها أصالة التعاون على تفتيت الأخطار والاشتراك في

---

[1]) ينظر: منهج استنباط احكام النوازل الفقهية المعاصرة، مسفِر بن علي بن محمد القحطاني، ص٦٢٠.
[2]) المعجم الوسيط، ٦٣٨/٢.
[3]) نظام التأمين، مصطفى أحمد الزرقاء، ص ٣٩٠.
[4]) التأمين الاجتماعي في ضوء الشريعة الإسلامية، د. عبد اللطيف محمود آل محمود، ص ٣١.

تحميل المسؤولية عند نزول الكوارث، فجماعة التأمين التعاوني لا يستهدفون تجارةً ولا ربحاً من أموال غيرهم وإنما يقصدون توزيع الأخطار بينهم والتعاون على تحمل الضرر[١].

الفرع الثاني: خصائص التأمين التعاوني وشروطه وآثاره

❖ **خصائص التأمين التعاوني وشروطه:**

١) قيام التأمين التعاوني على الضوابط الثلاثة التي مرّتْ، ومن أولويات العقد، أن يقوم على أساس التبرع لا ابتغاء الربح.

٢) أن يقوم التأمين على مبدأ التعاون والتكافل بين المشتركين في الحساب، في تحمل المسؤولية عند نزول الكوارث، كي يحقق الخير والتعاون عن طريق تحقيق الأمن والاطمئنان وتفتيت المخاطر وتوزيعها على الجميع[٢].

٣) سعة دائرة التأمين التعاوني لكل شيءٍ مشروع، ضمن السياسة الشرعية القائمة على تحقيق المصالح ودرء المفاسد، وهذا المبدأ يترتب عليه منع التدليس والغش والاحتيال، ووجوب البيان والوضوح في كل ما يتعلق بالمشترك في اتخاذ قرار التأمين[٣].

٤) مبدأ المشاركة في حالة كون الشيء مؤمَّناً عليه في أكثر من شركة تأمين، فإن جميع الشركات التأمينية تشترك في مبلغ التأمين، حيث تتوزع بين الشركات ضمان التعويض، التي تحقق تقليل من الأعباء الإدارية على حساب التأمين.

❖ **آثار التأمين التعاوني:** تترتب على ذلك آثار كثيرة نذكر أهمها:

١) الالتزام بالفكر الاقتصادي الإسلامي الذي يترك للأفراد مسؤولية القيام بمختلف المشروعات الاقتصادية، ولا يأتي دور الدولة إلا كعنصر مكمل لما عجز الأفراد عن القيام به، كما وتنظم الدولة دور التوجيه والرقابة لضمان نجاح هذه المشروعات وسلامة عملياتها[٤].

٢) تهيئة الفكر الذي بمقتضاه تعويد الأهالي على مباشرة المبادرات الفردية والاستفادة من البواعث الشخصية، لامتداد اليقظة على تجنب وقوع المخاطر، مما يحقق مصلحة لهم في إنجاح التأمين التعاوني، إذ أن تجنب المخاطر يعود عليهم بأقساط أقل في المستقبل[٥].

٣) يستقل المتعاونون بالمشروع كله من حيث تشغيله ومن حيث الجهاز التنفيذي ومسؤولية إدارة المشروع، باعتبارهم هم أصحاب المصلحة الفعلية، وهذا الموقف أكثر إيجابية عبر الالتزامات الناشئة التي لا تعفيهم من المسؤولية.

---

[١]) ينظر: منهج استنباط احكام النوازل الفقهية المعاصرة، مسفِر بن علي بن محمد القحطاني، ص٦٢٠.

[٢]) ينظر: التأمين الاجتماعي في ضوء الشريعة الإسلامية، د. عبد اللطيف محمود آل محمود، ص ٦٤.

[٣]) ينظر: إدارة الخطر والتأمين، منظور إداري كمِّي وإسلامي، ص ١١٨.

[٤]) ينظر: منهج استنباط احكام النوازل الفقهية المعاصرة، مسفِر بن علي محمد القحطاني، ص٦٢١- ٦٢٢.

[٥]) ينظر: المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الاسلام، سعد الدين محمد الكبي، الطبعة الأولى، ١٤٢٣ه، ٢٠٠٢م، ص ٢١٨.

الفرع الثالث: أنواع التأمين التعاوني وحقيقته

❖ **أنواع التأمين التعاوني:** تتبين معنى الفرع من خلال تطوره ومراحله، فقد مرَّ بمرحلتين:

<u>النوع الأول:</u> التأمين التعاوني البسيط:

هذا النوع يكاد يكون موجوداً في كل الحضارات والتجمعات البشرية بصورة أو بأخرى، حيث ذكرت الدراسات الاجتماعية والاقتصادية معنى هذا التأمين بصورة مبسطة بكونه عبارة عن مجموعة أو جمعية تعاونية تتكون من مجموعة من الأفراد ذوي تجارة محددة لتفادي الأضرار الناجمة عن الخطر الذي يهددهم، أو يهدد مهنتهم، فيحصل الاتفاق فيما بينهم من خلال وضع كل واحد منهم مبلغاً من المال يودع عند أحدهم، فيصرف منه عند وقوع خسارة أو حريق أو نحو ذلك مما أصاب أحدهم، وهو ما كان ثابتاً عند أغلب الأمم السابقة كما تشير الدراسات إلى وجود هذا التأمين التعاوني البسيط في روما القديمة، وفي الصين منذ خمسة آلاف سنة، وعند العرب الجاهليين حيث اعتادوا القيام برحلتين تجاريتين كما هو معلوم في سورة قريش، على تعويض الجمل الذي يهلك أو يموت من أرباح التجارة الناجمة من الرحلة، كل واحد منهم حسب نسبة رأس ماله، وكذلك تعويض من كسدت تجارته أو هلكت[١]، وهو داخل في قول النبي محمد صلى الله عليه وسلم ((إِنَّ الأَشْعَرِيِّينَ إِذَا أَرْمَلُوا فِي الغَزْوِ، أو قَلَّ طَعَامُ عِيَالِهِمْ بِالْمَدِينَةِ جَمَعُوا مَا كَانَ عِنْدَهُمْ فِي ثَوْبٍ واحد، ثُمَّ اقْتَسَمُوهُ بَيْنَهُمْ فِي إِنَاءٍ واحد بِالسَّوِيَّةِ، فَهُمْ مِنِّي وَأَنَا مِنْهُمْ))[٢].

<u>النوع الثاني:</u> التأمين التعاوني المركب:

وهو الأكثر شهرة في العصور المتأخرة، والذي نحن بصدده، المتمثل في شركة متخصصة بأعمال التأمين التعاوني، ويكون جميع المستأمنين مساهمين في هذه الشركة، وتتكون منهم الجمعية العمومية، والعرض منها تمكين أعضائها من الحصول على خدمات التأمين بأقل كلفة ممكنة[٣]، كما يتميز بانخفاض تكلفة الأقساط للأعضاء مقارنة بأقساط التأمين التجاري، وعليه يعرف التأمين غير التجاري بأنه اتحاد غير مقيد به المؤمِّن لهم أنفسهم، فيتعهدون لتعويض الأضرار التي تلحق بعضهم في الحالات المعينة المحتمل حدوثها في المستقبل، وتوزع هذه الخسائر على جميع الأعضاء، ومن هؤلاء الأعضاء تتكون الجمعية العمومية، حيث يكون لكل عضو صوت واحد، يتم من خلاله اختيار إدارة مسؤولية المجلس التابع للشركة أو الجمعية[٤].

❖ **حقيقة التأمين التعاوني:**

ينبغي التفرقة بين التأمين التعاوني في البلاد التي لا تلتزم بأحكام الشريعة الإسلامية عن الشركات الإسلامية، ولذلك لا يجوز الحكم عليها حكماً عاماً، لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره، وهذا النوع من التأمين موجود في بلاد الغرب، حيث توجد شركات التأمين التعاوني وتزاول نشاطها فيه، ولكن هذه الشركات تتعامل مع البنوك الربوية ولا تلتزم بالأحكام الشرعية،

---

[١]) ينظر: المقدمة، ابن خلدون، ط/ دار الشعب، ص ٣٥٥.

[٢]) صحيح البخاري، باب الشركة في الطعام، رقم الحديث ٢٤٨٦، ١٣٨/٣.

[٣]) ينظر: إدارة الخطر والتأمين، منظور إداري كمِّي وإسلامي، ص ١١٨.

[٤]) ينظر: إدارة الخطر والتأمين، الدكتور سلمان زيدان، ص ٢٥٣.

وأن هذه الجمعيات أو الشركات انتشرت في الدول الغربية، ونشأت ولها فروع كثيرة، وحظيت بدعم من الحكومات[1].

والذي يعنينا هنا هو شركات التأمين التعاوني الموجودة في العالم الإسلامي، حيث لا تقتصر على الالتزام التعاون فحسب، بل تلتزم بجميع أحكام الشريعة الإسلامية، كما أنها تنفصل فيها الشركة عن حساب التأمين نفسه، وهذه الجمعيات التعاونية تأخذ معظمها بنظام إسهام كل عضو من أعضائها بمبلغ معين متفق عليه مسبقاً، وتصدر وثائق عادة بمبالغ متساوية أو شبه متساوية.

ومن المميزات أن الشركات تسعى لتحقيق التعاون والهدف المنشود، ولذلك فإن الفائض المُرجع على حملة الوثائق المستأمنين ليس ربحاً، وإنما هو الباقي مما دفعوه بعد المصروفات والتعويضات والاحتياطات المطلوبة، لأن القسط الذي يدفعه المشترك في التأمين التعاوني في حقيقته لا يدفعه للشركة، وإنما يدفعه لحساب التأمين القائم على التبرع الذي هو له أيضاً، فأمواله هي أموال المشتركين، والحساب لهم، والتعويضات تدفع من أموالهم، وأن جزءاً من هذه الأموال يعود إليهم الفائض، وإن الشركة كما أنها لم تأخذ شيئاً لا تعطي شيئاً للتعويضات ونحوها، وهذه نقطة مهمة توضح الفروق الجوهرية في عملية التعويض في النظامين التجاري والتعاوني[2].

فالقسط الذي يدفعه المستأمِن التجاري فهو مدفوع للشركة وتدخل بالكامل في ذمة الشركة، وأن ما تدفعه الشركة هو من مالها المملوك لها بالكامل، فهي تنشأ بحكم القانون لأجل تحقيق الربح من التأمين نفسه، ولذلك ينص نظامها الأساس وعقدها التأسيسي على ذلك باعتباره الهدف الأول والأساس، حيث تدير أنشطته للربح والاسترباح، فالمعاوضة المشروطة في التأمين التجاري تتم من جهتين مختلفتين هما الشركة المساهمة والمستأمنون، بينما المعاوضة الموجودة في التأمين التعاوني بين المشاركين المستامنين أنفسهم منهم وإليهم، للتفرقة بينهما[3].

الفرع الرابع: ضوابط التأمين التعاوني

سنتحدث بشيءٍ من التركيز حول ضوابط تحديد المصلحة التأمينية من حيث مصادرها ووقتها.

أما مصادرها فتكمن في الملكية، حيث أن المالك لا يريد أن يتلف ماله، حيث إن مصلحة الحائز في الحفاظ على ما في حوزته، كخطأ الطبيب في العلاج، والمقاول لحالات البناء، وكذلك الأب له المصلحة في التأمين على أسرته، وأن الشركاء في الشركة التضامنية لهم مصلحة اقتصادية في التأمين على أنفسهم، وعلى شريكه المتضامن، وهلمّ جراً.

وأما وقتها فيختلف من تأمين إلى آخر، فالتأمين على الممتلكات الشخصية يشترط فيها توفر المصلحة التأمينية عند إبرام العقد، وعند حدوث الحادث الموجب للتعويض، والتأمين على الأشخاص لا يشترط توفر المصلحة التأمينية لدى بعض القوانين الدولية إلا عند إبرام العقد، وبالتالي فلا يشترط استمرارها أو بقاؤها بعده، وأما عند البعض الآخر فيكتفي بوجودها عند العقد.

---

[1]) ينظر: موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، د. علي السالوس، ص ٤٧٩.
[2]) ينظر: المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الاسلام، سعد الدين محمد الكبي، ص ٢١٧- ٢٢١.
[3]) ينظر: نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، د. وهبة الزحيلي، ص ٢٨.

والتأمين البحري يكتفي بوجود المصلحة التأمينية عند تحقق الحادث أو الضرر، وذلك لأن طبيعة المخاطر البحرية لا تتأثر بالتدخل الشخصي للمؤمَّن له الذي لا يعلم بحركة بضاعته، أهي في عرض البحر أم في الميناء.

بحثنا يبحث عن المعاوضة في التأمين المشروع التي تختلف عن المعاوضة في التأمين التجاري المحظور من حيث العقد والتكييف والواقع والنتائج، من خلال استعراض الضوابط[1] الآتية:

١) التأمين التعاوني بني على أساس التبرع أصالة بين المؤمِّن والمؤمَّن له، عبر التعويض الذي جاء تبعاً، فهو بهذا يجتنب دخوله في الغرر، بخلاف أن كان التعويض يقوم على أساس عقد من عقود المعاوضة بين الطرفين، فيثبت الغرر المنهي عنه وذلك يرجع بكون الشركة أحد العاقدين أصالة فممنوع[2]، وإن كانت وكيلة فلا بأس بذلك.
٢) لا تستعمل عقود التبرعات في تحقيق الربح، فلابدّ أن تبقى على ماهيتها وفي صورتها الأصلية، ولذلك فالعلاقة التعاونية في التأمين المشروع هي بين المشتركين حيث منهم الأقساط، وإليهم التعويضات، وهيئة المشتركين إلا أمر اعتباري فني لتنظيم الأمور[3].
٣) أن الشركة التأمينية المشروعة لا تتملك الأقساط التي يقدمها الطرف الآخر، وإنما تدخل في حساب التأمين (هيئة المشتركين)، حيث تظهر وجاهته واعتبار صحته، انطلاقاً من مبدأ قاعدة الأصالة والتبعية معتبرة شرعاً، ويدل عليها مجموعة من الأدلة الصحيحة، وقد ذكر الفقهاء في هذه الخصوص بعض القواعد منها: "يجوز تبعاً ما لا يجوز استقلالاً"[4]، المقصود بها هنا ما يدخل في الشيء تبعا، فالتبعية هي كون الشيء مرتبطاً بغيره، فأصالة التأمين التعاوني مبنيٌ على التبرع، وإرجاع المبالغ المتبقية على المشتركين وحدهم بعد دفع التعويضات وحسم الاحتياطات، ويمكن استرداد رأس المال المشاركين عند استغناء محفظة التأمين عنه أو عند تصفية الشركة، حسب نسبة الأقساط، ويمكن أن يشمل جميع المستأمنين بمن فيهم الحاصلون على تعويضات[5].

---

[1]) ينظر: قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، القرارات من الأول إلى الثاني بعد المائة، (١٣٩٨-١٤٢٤هـ)، ص ٣٣.
[2]) لأن المستأمن لا يعرف مقدار ما يعطي أو يأخذ، مع جهالة وقوع الكارثة فيستحق ما التزم به المؤمِّن، وقد لا تقع الكارثة أصلا فيدفع جميع الأقساط ولا يأخذ شيئا، وكذلك بالنسبة للمؤمِّن لا يستطيع أن يحدد ما يعطي ويأخذ بالنسبة لكل عقد بمفرده. ينظر: منهج استنباط احكام النوازل الفقهية المعاصرة، القحطاني، ص ٦١٥.
[3]) ينظر: موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، د. علي السالوس، ص ٤٧٩.
[4]) ينظر: القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، ٥٩٥/٢.
[5]) ينظر: منهج استنباط احكام النوازل الفقهية المعاصرة، مسفِر بن علي محمد القحطاني، ص٦٢٠- ٦٢٣.

الفرع الخامس: الحكم الشرعي للتأمين التعاوني

قرر عدد كبير من العلماء المعاصرين بالتفرقة بين أنواع التأمين، يكاد الإجماع أن يكون منعقداً على أنهما –أي التأمين التعاوني البسيط والمركب- موافقين لمبادئ الشريعة الإسلامية لكونهما تبرع في الأصل وتعاون على البر والتقوى وتحقيق لمبدأ التكافل الاجتماعي والتعاون بين المسلمين دون قصد الربح، وخصوصاً التأمين التعاوني البسيط مشروع، بل هو داخل في المأمور به من التعاون على البر والتقوى، وقد صدر بجوازه من قبل المجامع العلمية الفقهية والبحوث الإسلامية[١].

وأما بالنسبة للتعاوني المركب فلا يجوز الحكم عليها حكماً عاماً، ومن هنا تختلف شركات التأمين التعاوني الموجودة في العالم، فمنها تتعامل مع البنوك الربوية كما هو في البلاد غير الإسلامية، وبالأخص الدول الأوربية حيث تكون قائمة على أنها جمعية تعاونية على أساس التعاون واعتبار كل مشارك مساهماً، وتسمى أيضاً التأمين التبادلي، لأن فيه معنى تقابل وتبادل التأمين بالنسبة لأعضاء الهيئة التأمينية، وهذه الجمعيات منتشرة في فرنسا وسويسرا وبلجيكا وألمانيا وإيطاليا وهولندا وروسيا[٢].

إذا كان الفعل مشروع أصلا وأدى إلى مفسدة في العمل مآلاً فاق مصلحة أصله، تغير وصف الفعل من كونه مشروعاً إلى عدم المشروعية، التفافاً إلى المآل وإعمالاً له، وهو ما يسمى بسدِّ الذرائع، بسبب أستثمارها في البنوك الربوية والسندات التي تصدرها تلك البنوك أو الدول، فالذرائع في النهاية مسلك من مسالك الاجتهاد بالرأي، يحقق هذه الشريعة ومرونتها في تحقيق مصالح الناس في كل زمان، وإنها بحق الشريعة العدل والرحمة تساير واقع الناس في كل جديد لا يتعارض مع منهج الله تعالى في خلقه ويرفع الحرج عنهم، وقد ثبت أن عقد التأمين التعاوني غير الإسلامي يتعامل مع البنوك الربوية، فعندئذٍ يمتنع ذريعة إلى الربا أو بارتكاب المحظور[٣].

وبالنسبة إلى التأمين التعاوني المركب في البلاد الإسلامية وهو موضوع بحثنا، فقد أتفق المعاصرون والمجامع الفقهية على جوازه بنوعيه البسيط والمركب من حيث المبدأ[٤]، إلا إذا تعاملت شركته بالمحرمات مثل الربا ونحوه، فحينئذٍ تكون الحرمة لتلك التصرفات، ولا شك أن التأمين التعاوني يعتمد على المصالح العامة مع تجنب الغرر الواضح وشبهة الربا، وهذا التوجيه لتسويغ التعامل بعقد التأمين التعاوني، وحرمة التأمين التجاري، ويمكن إجمال آراء هذا الفريق في القول بأنهم استندوا إلى الأدلة الآتية:

---

١) ينظر: منهج استنباط احكام النوازل الفقهية المعاصرة، مسفِر بن علي بن محمد القحطاني، ص٦٢٠، إدارة الخطر والتأمين، الدكتور سلمان زيدان، ص ٢٥٧، التأمين الاجتماعي في ضوء الشريعة الإسلامية، د. عبد اللطيف محمود آل محمود، ص ٣٢٤، موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، د. علي السالوس، ص ٣٨٣.

٢) ينظر: حقيبة طالب العلم الاقتصادية، د. علي محيي الدين القره داغي، ١٠/ ٢٠٢.

٣) ينظر: المالية والمصرفية المعاصرة، د. نزيه حمّاد، ص ١٨٠- ١٨١.

٤) ينظر: قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، القرارات من الأول إلى الثاني بعد المائة، (١٣٩٨-١٤٢٤ه)، ص ٣٣.

١) أن التأمين التعاوني من عقود التبرع التي يقصد بها أصالة التعاون على تفتيت الأخطار والاشتراك في تحميل المسؤولية عند نزول الكوارث، فجماعة التأمين التعاوني لا يستهدفون تجارةً ولا ربحاً من أموال غيرهم وإنما يقصدون توزيع الأخطار بينهم والتعاون على تحمل الضرر.
٢) خلو التأمين التعاوني والاجتماعي من الربا بنوعيه الفضل وربا النساء فليس عقود المساهمين ربوية ولا يستغلون ما جمع من الأقساط في معاملات ربوية، ولا يضر جهل المساهمين في عقد التأمين بتحديد ما يعود عليهم من النفع، لأنهم متبرعون فلا مخاطرة ولا غرر ولا مقامرة، كما أنه مبني على التبرع والتعاون المطلوب شرعاً وعلى المسامحة مع وجود عنصر المعاوضة[١].

❖ **الأدلة ومناقشتها:**

<u>الدليل الأول:</u> القول بدعوى أن المشترك في التأمين التعاوني يقصد التعاون على البر والتقوى محتسباً الأجر في ذلك عند الله بخلاف المشترك في التأمين التجاري فليس له قصد في التعاون، سوى دعوى موغلةٌ في الوهم وعدم الانفكاك من حيث الحس والعقل، وأن الصحيح أن عقد التأمين التعاوني غير مقصود كالتأمين التجاري، فبطل بذلك الفرق بينهما، وبهذا يظهر أن وصف التأمين التعاوني بالتعاون قولٌ لا حقيقة له بمضمون العقد.

والقول بأن القسط في التأمين التعاوني على سبيل التبرع، فهذه دعوى غير مطابقة للواقع، لأن المتبرع له حق العدول عن التبرع بكامل ما يتبرع به، كما أنه له حق الامتناع عن الاستمرار بما وعد به من تبرع بالأقساط أو بالمشاركة، ولكن هل ينطبق ما مر على المشترك في عقد التأمين التعاوني بامتناعه عن دفع الاقساط أو المشاركة في تغطية عجز الصندوق؟ وهل يسقط حقه بالتعويض أم لا؟ فإذا سقط حقه وهو المتحقق في الواقع فلا يعد على سبيل التبرع، ويفسخ العقد معه إذا امتنع من دفع القسط، وبهذا يبطل القول بدعوى التبرع، ويلزم بالقول بأن المؤمِّن والمؤمَّن له تعاقدُ معاوضة توجب الالزام كالحال بالنسبة للتأمين التجاري، وأن القول بالتبرع بدون أن تثبت له أحكامه ضرب من الوهم والخيال[٢].

وتجدر الإشارة إلى تنبيه مهم بأن توزيع الفائض في الصندوق بعد دفع المستحقات عليه لم يقصد منه الربح في عقد التأمين التعاوني، فالرد على ذلك أن طلب الربح ليس أمراً محرماً حتى يعد ذلك من مسوغات القول بتحريم التأمين التجاري، لكونه يستهدف ذلك، والقول بإباحة التأمين التعاوني لانتفاء الربح فالضرب في الاسواق والسعي في طلب الرزق والربح أمر مشروع[٣].

<u>الدليل الثاني:</u> على افتراض بأن التأمين التجاري ينطوي على الربا والقمار والغرر والجهالة، فإن عقد التأمين التعاوني يصب في نفس هذا الحوض مع التأمين التجاري، لأن عقد التأمين التعاوني يسلك نفس مسلك التأمين التجاري في شبهة الربا، وذلك بأن المؤمَّن له يدفع اقساطاً تأمينية هي أقل بكثير مما قد يدفع له تعويضاً في حال الاقتضاء وليس بينهما تقابض العوضين في مجلس واحد، وإنما أحد العوضين يُستلم قبل تسلم العوض الأخر إن كان بوقت

---

[١]) ينظر: المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، محمد شبير، ص ٨٥.
[٢]) ينظر: منهج استنباط احكام النوازل الفقهية المعاصرة، مسفِر بن علي القحطاني، ص٦١٤ وما بعدها.
[٣]) ينظر: إدارة الخطر والتأمين، الدكتور سلمان زيدان، ص ٢٥٨ – ٢٦٠.

طويل، وهذا هو عين الربا بقسميه، ربا الفضل وربا النسيئة، ومن فرّق بينهما فتفريقه مردود عليه بما سبق[1].

كما أن التأمين التعاوني فيه نوع من الغرر بسبب جهله أغلب المشتركين أو أنه لا يعرفهم، كالحال بالنسبة للمشتركين في التأمين التجاري، ولا شك أن التعاون يحصل من غير مقصود من المشتركين، كما يحصل ذلك في جميع الاعمال المهنية المعاصرة، وفق ضوابط وقيود تضعها الدولة، فيعد ضرباً من ضروب التعاون والتسامح والتبرعات[2].

رأي الباحث:

تقوم فكرة التأمين بكل أنواعه وأشكاله المعروفة على أساس المعاوضة التي يحكمها النظام التعاقدي، وغايته التعاون لإزالة المخاطر بواسطة شركات التأمين التي تصدر عقود التأمين بصورة فنية قائمة على أسس وقواعد إحصائية، وإن الغرر ملازم لعقد التأمين على أي صيغة، ولكن الغرر الملازم لعقد التأمين التعاوني لا يفضي إلى نزاع أطرافه لكثرة تعامل الناس به وشيوعهم فيهم، وقربه إلى عقود التبرعات والأعطية ونحو ذلك، فإن كثيرَ الغررِ لا يفسدها لأن مبناها الإرفاق والتعاون والتكافل، بخلاف الغرر الفاحش في المعاوضات المالية كالتأمين التجاري، وكما يوجد فارق أخر بين الغرر وبين الربا، ففيما يتعلق بالغرر كالتأمين التعاوني يجوز الاستثناء وفقا للقاعدة يغتفر في التبرعات ما لا يغتفر في المعاوضات، فالغرر لا يؤثر في عقود التبرعات، وأما الربا فلا يجوز الاستثناء منه، فينبغي أن يراعى في حفظ الأموال واستثمارها بالطرق المشروعة والابتعاد عما هو محظور كأعمال الجمعيات التأمين التجاري[3].

الخلاصة: إن الجدل والحوار بين المؤيدين والمعارضين في اطار النظرة إلى عقد التأمين كعلاقة ما بين مؤمِّن ومؤمَّن له منفردين، ومن ثم يبدو الغرر ظاهر فيه، مع مراعاة علاقات المشتركين في عقد التأمين، فيقصدون ترميم المصائب التي تنزل بهم، ليظهر التبادل التعاوني مع خلوه من معنى المعاوضة تماماً، وينعدم بذلك وينتفي معنى الغرر والجهالة أو مفسدتهما، فنظام التأمين التعاوني بصورة عامة تشهد لجوازه دلائل شرعية ولا ينهض في وجهه دليل شرعي على التحريم، كما أن للتأمين أهمية من الناحية الاقتصادية خاصة في مواجهة المخاطر التي يتعرض لها أفراد المجتمع والتي تؤثر بلا شك على حركة رؤوس الأموال داخل المجال الاقتصادي.

[1]) ينظر: إدارة الخطر والتأمين، منظور إداري كمِّي وإسلامي، ص ٢١٤.
[2]) ينظر: إدارة الخطر والتأمين، الدكتور سلمان زيدان، ص ٢٦١.
[3]) ينظر: القواعد والضوابط الفقهية، د. أحمد الندوي، ٢٣٩/١، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، محمد شبير، ص ٨٦.

الفرع السادس: أثر فتح الذرائع في استنباط حكم التأمين التعاوني

وبعد ما عرضناه بشأن عقد التأمين، ببيان معناه ومقوماته وخصائصه وأنواعه وحكمه، نتعرض إلى مدى الفائدة من تطبيق دليل فتح الذرائع منه في هذا العصر، لإنشاء شركة التأمين التي تحقق مواجهة لكافة الحوادث وبث الأمان في البيئة الاستثمارية في مجالات مختلفة، فالحافز تنطلق بداية من مدركات سابقة لدي الشخص حينما يسعى في تحصيل المصلحة أو دفع المفسدة، تتجسد في صورة عمل، هو مناط النظر الشرعي إذنا ومنعاً، لأن المسؤولية عن الفعل مزدوجة الآثار فهي إما ذات أثر إيجابي يتمثل في الاعتداد والجزاء ضمن فتح الذرائع، وإما أثر سلبي يتمثل في سلب الاعتداد والنفوذ وترتيب الجزاء على إيقاع الفعل ضمن سد الذرائع.

أن عقد التأمين التعاوني لا يخلو من الغرر والجهالة ابتداءً عند انعقاده، إلا أنه يقصد به التبرع أصالة، والتعاون على تفتيت الاخطار عند حصول الكوارث، لتعويض من يصيبه الضرر، فالنظر إلى المعاوضات المالية بين المشتركين لا يخلو من الرهن المحرم والميسر، فيأتي دور فتح الذرائع ليأخذ دوره في عقد التأمين التعاوني خلال المعاملة التجارية التي يقصد منها توزيع الاخطار بينهم، والتعاون على تحمل الضرر، ولا يستهدف العقد تجارةً ولا ربحاً من أموال غيرهم، وغلّب الشارع مصلحة المآل على الشبهة الموجودة في حال الانعقاد، وهذا نوع من أنواع فتح الذرائع.

تشترك الحاجة مع فتح الذرائع والاستحسان والمصلحة المرسلة والحيل الشرعية بصلة وطيدة تتمثل إجمالاً في جلب اليسر ودفع العسر عن المكلفين، فإن التأمين التعاوني بكل أنواعه أصبح حاجة اجتماعية تحتمها ظروف العصر، فقد تحقق إنشاء بعض شركات التأمين لكافة الحوادث ضمن الضوابط الشرعية، المبنية على التبرع والتعاون المطلوب شرعاً لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلۡبِرِّ وَٱلتَّقۡوَىٰۖ وَلَا تَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلۡإِثۡمِ وَٱلۡعُدۡوَٰنِ﴾[١]، ومبنية على المسامحة وانتفاء عنصر المعاوضة[٢].

لتسويغ القول بجواز عقد التأمين وتوجيهه يحتاج إلى تمحيص قصد الهيئة والمشتركين، فإذا تبيّن بصفة عامة من خلال بواعثه ونتائجه والحاجة إليه، برز جلياً بأنه قائم على أساس فكرة التكافل والتعاون بين المسلمين دون قصد الربح، كما وأنه يكون طريقاً لإنجاز الاعمال المهنية ومواكبة التطور والتقدم في جميع المراحل من خلال التوازن بين عاجل الحوائج وآجل النتائج، ولا يكون ذلك إلا بالنظر في مآلات الأفعال ومنها فتح الذرائع[٣].

ومن المعلوم أن فتح الذرائع المشروعة في نفسه مقصد من مقاصد الشريعة، بالنظر في مآلات الأفعال، ومنها فتح الذرائع، فقد ينظر إلى أمر بأنه مفسدة في الحال ولكنه في عاجله مصلحة راجحة عندها تفتح ذريعته بناء على المصلحة الراجحة المرجوة منه، وهذا يؤكد تطابق مفهوم المصلحة مع مقاصد الشريعة، حيث يكمن قوامها في جلب المصلحة وتكميلها، وبذلك عليه

---

[١]) سورة المائدة: من الآية ٢.

[٢]) ينظر: التأمين الاجتماعي في ضوء الشريعة الإسلامية، د. عبد اللطيف محمود آل محمود، ص ٣٤٧.

[٣]) ينظر: الضمان الاجتماعي، د. محمد مبارك حجير، ص ٨٩- ٩٠، إدارة الخطر والتأمين، منظور إداري كمِّي وإسلامي، ص ٢٢٧ وما بعدها.

أن يمثل الدور الموجد بالنسبة لمقاصد الشريعة، ولا سيما أن المصلحة ينبغي أن ينظر إليها من جانبين الوجود والعدم، والواقع أن محل التأمين التعاوني ما هو إلا عقد يتضمن الأمن والأمان والسلامة من تلف المال أو ضياعه، فالمساهم غانم للأقساط التي هي ثمن ضمانه السلامة، والمؤمَّن له غانم السلامة سواء سلمت العين المؤمَّن عليها حيث كسب الطمأنينة والارتياح النفسي اثناء مدة عقد التأمين عليها، وفي حال تلفها فهو كاسب التعويض عنها، وهو مطابق لما اتفق العلماء على ان أحكام الله وضعت لمصالح العباد، ابيح لما فيه من التوسعة للمحتاجين ومراعاة المصلحة، والامثلة على ذلك كثيرة[١].

إنَّ الأخذ بفتح الذرائع يمثل فتحاً لأبواب الرحمة، ورفع الحرج ومراعاة الخلاف، والعمل بالضرورة، والتيسير على الخلق، بما يوافق ضوابط الشريعة، ولما كان التأمين التعاوني بأنواعه المختلفة من المعاملات المستحدثة التي لم يرد بشأنها نص شرعي بالحل أو بالحرمة شأنه في ذلك شأن المعاملات المعاصرة، ولا تعتبر زيادة المبلغ فيها عن الاشتراكات المدفوعة رباً، لأن هذه الأقساط ليست مقابل الأجل وإنما هي تبرع لتعويض أضرار الخطر، فحينئذٍ يتبين أن التأمين التعاوني لا يقوم على المعاوضة والاسترباح، وإنما يقوم على التبرع[٢]، وعليه فالمال خرج عن طيب نفس من أجل تحقق المصلحة، فالعلاقة بين المنشئ شركة التأمين والمودعين للاستثمار هو زيادة عنصر التكافل، فالأموال أمانة تحت يدها تستثمرها بالطرق المشروعة وفق الضوابط والقيود التي وضعتها، ومن الطرق التي يعرف بها فتح الذرائع التجارب، لأن العلم الحاصل عن التجربة يقارب مرتبة القطع، ومما يظهر أثر التجربة في معرفة فتح الذرائع قول الإمام أبن حجر: "أَنَّ التَّجْرِبَةَ أَقْوَى فِي تَحْصِيلِ الْمَطْلُوبِ مِنَ الْمَعْرِفَةِ الْكَثِيرَةِ"[٣].

وأكثر ما يُعتمد على ضابط الاعتياد في المآلات الواقعة، فإنَّ المفاسد والأضرار إذا حدثت، فالمرجع في معرفة مشروعية رفعها والعلم بتحقق المعنى الموجب لإزالتها، إنما هو العرف الجاري في الناس، فكل ما خالف العادة وجاوزها فهو ضرر معتبر واجب الإزالة، وإن المبادئ والقواعد الكلية بأنواع التأمين التعاوني الصادرة عن الجمعية تبين أن أكثر بنودها ما هي الا قواعد تنظيمية مقررة من قبل الشركات التأمينية إذا ارتضاها العميل حينها أصبح ملتزماً بما فيها، وإن أكثر هذه البنود في مجموعها لا تخالف روح التشريع[٤].

ويمكن للفقيه بالاستفادة من خلال النظر في العادات والأعراف الموجودة في عالم المعاوضات المالية ومنها التأمين التعاوني المركب، حيث يقوم على أسس أهمها الالتزام بالتبرع، وهو مبدأٌ عظيم أسسه بعض الفقهاء في بعض العقود، وبهذا ينشأ صندوق التأمين لفعل الخير[٥].

ومن هنا يتبين لنا أنه إن كانت المفسدة أقل فإن المصلحة فيها تتوقع، وأن موضوع التأمين بجميع أنواعه ذو أهمية بالغة من حيث حصول البلوى به في غالب مجالات حياتنا، وأنه نازلة

---

[١]) ينظر: الفصول في الأصول، ٢٦٨/٤، قواطع الأدلة في الأصول، ٣٣٣/٢، المحصول للقاضي المالكي، ص ١٣١، الموافقات، ٥٢٠/٢، الذخيرة، ٢٨٧/٥.

[٢]) ينظر: إدارة الخطر والتأمين، الدكتور سلمان زيدان، ص ٢٦٤.

[٣]) فتح الباري شرح صحيح البخاري، ٢١٨/٧.

[٤]) ينظر: حقيبة طالب العلم الاقتصادية، د. علي محيي الدين القره داغي، ١٠/ ٢٠٦- ٢٠٧.

[٥]) ينظر: الذخيرة، ١٢٠/٨، بدائع الصنائع، الكاساني، ٣٨/٦.

عصرية يجب تكثيف الجهود لبحثه من قطاعات علمية ومهنية مختلفة، ومن جهات ذات اختصاص، لكي يستقصي الباحث الحقيقة ويزن العملية التأمينية الخاصة بعمله بميزان الشريعة السمحة، ويستعين بالعلماء أصحاب التخصص وممن هم أهل لبحثه من حيث المقدرة الفقهية، وبُعد النظر من حيث التدبر والاعتبار والتصور والقدرة على تطبيق الأحداث والنوازل على أحكامها الشرعية.

وأنّ جميع ما ذكروه من الناحية الإجمالية لا خروج له عن الظن، فهل يمكن الحكم بصحته والاحتجاج به فيما نحن فيه؟ مع الأخذ في الاعتبار والنظر أن الأصل في المعاملات الاباحة، واستئناساً بقوله صلى الله عليه وسلم: ((أَنْتُمْ أَعْلَمُ بِأمر دُنْيَاكُمْ))[١]، وأن ما تتحقق به مصالح المسلمين وحفظ اموالهم أمر مشروع، فليس اختصاص الحرمة أولى من الجواز، نظراً إلى غلبة ورود الأدلة، وافتى بجوازه كل اللقاءات الفقهية التي تناولت موضوع التأمين التعاوني، يكاد يكون موافقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية، لكونه أقرب إلى التسامح والتبرع، مع تحقيق التكافل الاجتماعي، والتعاون بين أفراد المجتمع، وابتعاد التأمين التجاري عنه لوجود شبهة الربا، ولبُعد الأدلة، ولم يفتِ بجوازه الا القليل، حيث نظروا إلى أصل العقد مع اعتقادهم بحرمته بما يحتويه من الأمور الربوية[٢].

---

[١]) صحيح مسلم، باب وجوب امتثال ما قاله شرعاً، ١٤١ (٢٣٦٣)، ١٨٣٦/٤.
[٢]) ينظر: حقيبة طالب العلم الاقتصادية، د. علي محيي الدين القره داغي، ١٠/ ٢٢٢.

الفصل الخامس

العرف وأثره في استنباط المعاملات المصرفية المعاصرة

تمهيد

إن العوائد والأعراف لها أهمية قصوى في جميع الشرائع، ولذا نجد كثيراً من العادات المتغلغلة تكتسب درجة القوانين النافذة السارية في المجتمعات والمحاكم الدولية، عبر زمن طويل على تواضع الناس عليها، ولكونها معقولة ومنطقية تساير الطبائع البشرية والحاجة بوجه عام، ومن هذا المنطلق نجد الإسلام أقر بعض الأعراف العريقة الصالحة التي سار عليها الناس مع التعديل والاصلاح فيها بإزالة العوج المخل بالسلوك الذي تقتضيه الحياة الكريمة السعيدة السليمة.

سأتناول في هذا الفصل حقيقة العرف وبيان أقسامه وحجيته وشروط اعتباره، وكيفية الاستفادة من العرف، ثم نتطرق إلى بيان أثر العرف في استنباط حكم بعض المعاملات المصرفية المعاصرة، لذا ستكون دراسة هذا الفصل في مبحثين.

أما أحدهما فهو العرف، تعريفه، وأقسامه، وحجيته، وشروط اعتباره، وكيفية الاستفادة من العرف، وأما المبحث الأخر فهو أثر العرف في استنباط أحكام المعاملات المصرفية المعاصرة، وبيان تطبيقاته المصرفية المعاصرة، من خلال مطلبين.

أحدهما أثر العرف في عقد الاستصناع، وأما الآخر أثر العرف في عقد التوريد.

وسنرى ان النظرة الأصولية تضع الأسس في فهم الأحكام الجزئية وقد تتطابق الرؤية الاقتصادية في معاملاتها المعاصرة، فدليل العرف يقوم على أساس إجراء الأحكام التي مدركها العوائد مع تغير تلك العوائد، ينبغي أن يتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة، وقد حرر ابن القيم فصلاً مطولاً في تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد وسرد الكثير من الأمثلة والشواهد[1]، ولهذا الفصل تعلق قويٌ مراعاة ميزان الشريعة ومقاصده، ويستمد هذا الفصل جزءاً من عنوانه الرئيسي مما دونه علماء الأصول مما له علاقة باستخراج الأحكام الفرعية، لكنه ليس مستقلاً عن غيره، وربطها بالجانب الاقتصادي.

المبحث الأول

العرف

تعريفه، أقسامه، حجيته، شروط اعتباره، كيفية الاستفادة منه

تعاقب الباحثون في المدة الأخيرة فجمعوا بين الناحيتين من الأصول والاقتصاد في بحوث جامعية أو بحوث علمية، ولكن الموضوع لا يزال جديداً، يتطلب المزيد من الخوض والتحقيق في جوانب، ومنها إبرازه في إطار الفقه المالي مع تجلية أثره في كثير من القضايا المعاصرة، وعلى هذا المبدأ يحاول هذا المبحث ان يسلط الضوء على مفهوم العرف وأقسامه وحجيته، والكلام في

---

[1]) إعلام الموقعين عن رب العالمين، ١١/٣.

هذه الموضوعات متشعب، والدراسات فيه كثيرة، واشتبكت بشأنه الآراء، وتضاربت فيه وجهات النظر، ثم تفريع شواهد من الأدلة على العمل بدليل العرف حسب شروط إعمال الاعتبار والإلغاء، وكيفية الاستفادة من العرف، ودور العرف في تطبيق بعض الأحكام الشرعية.

سأبحث في هذا المقام تعريف العرف وأورد أهم أقسامه، ثم أتطرق إلى الحديث عن حجيته، وآراء العلماء في الاحتجاج به، وشروط اعتبار بالعرف عند القائلين بحجيته، وكيفية الاستفادة منه، ومن ثم فإن دراسة هذا المبحث ستكون في ستة مطالب.

المطلب الأول: تعريف العرف

❖ تعريف العرف لغةً:

يطلق العرف في اللغة على الشيء المعروف، قال الفيروز آبادي: "والمعروف بالشيء الدال عليه ... واعترف به أقر وفلان سأله عن خبر ليعرفه، وتعارفوا عرف بعضهم بعضاً"[١]. كما ويطلق على معانٍ متعددة تختلف باختلاف تركيبها وموقعها من سياق الكلام، ويمكن تلخيص أهم المعاني التي تدورٌ عليها فيما يأتي:

١) فهو يدل على السكون والطمأنينة، يقال "وَالْعِرْف والعارفة وَالْمَعْرُوف واحد، وَهُوَ كلّ مَا تعرفه النفْس من الْخَيْر وتَبْسَأ بِهِ وتطمئنّ إليه"[٢]، وهو ضد المنكر.
٢) العُرف هو الجود واسم ما تبذله وتعطيه وتسديه، والمعروف كالعرف، قال الله تعالى: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾[٣]، أي مصاحباً معروفاً[٤].
٣) العَرف يطلق على الريح الطيبة، وأكثر ما يستعمل في الرائحة الطيبة، أي هو كل ما تطمئن وتسكن النفس السليمة إليه[٥].
٤) يطلق العرف على تتابع الشيء متصلاً ببعض، يقال طار القطا عرفاً أي بعضها خلف بعض، وقد ورد استعمال لفظ العرف في كتاب الله في أكثر من موضع مثل هذا المعنى كقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُرْسَلَٰتِ عُرْفًا﴾[٦]، وهي الرياح المرسلات يتبع بعضها بعضاً، وقوله تعالى: ﴿خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ﴾[٧]، أي بالمعروف.
٥) العرف يطلق على العلو والارتفاع، قال ابن المنظور: "وعُرْفُ الأَرض: مَا ارْتَفَعَ مِنْهَا، وَالْجَمْعُ أَعْرَاف. وأَعْرَاف الرِّياح وَالسَّحَابِ: أوائلها وأعاليها، واحدهَا عُرْفٌ"[٨].

---

[١]) ينظر: القاموس المحيط، ص ٨٣٦.
[٢]) تهذيب اللغة، الهروي، ٢٠٨/٢.
[٣]) سورة لقمان: من الآية ١٥.
[٤]) ينظر: لسان العرب، ٢٣٩/٩.
[٥]) ينظر: القاموس المحيط، ص ٨٣٦.
[٦]) سورة المرسلات: الآية ١.
[٧]) سورة الاعراف: من الآية ١٩٩.
[٨]) ينظر: لسان العرب، ٢٤٢/٩.

والمراد بالعرف هنا كل خصلة حسنة ترتضيها العقول فتطمئن إليها النفوس،المستمد من قوله تعالى: ﴿ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ ﴾[1]، بمعنى الشيء المألوف المستحسن، الذي تتلقاه العقول بالقبول.

❖ **تعريف العرف اصطلاحاً:** وقد وردت فيه تعريفات متعددة، واشتملت على معانٍ متقاربة تصل إلى درجة الاتفاق فيما بينها:

١. العرف هو ما تعارف عليه الناس وأعتادوه وألفوه حتى أستقر في نفوسهم.

سواء كان عُرفاً عملياً في تصرفاتهم، كتعارف الناس على تقسيم المهر إلى مقدم ومؤخر، أم عرفاً لفظياً كتعارف الناس على أطلاق الولد على الذكر دون الأنثى مع أنه في اللغة يشملهما.

٢. قال ابن عابدين: "العادة ماخوذة من المعاودة، فهي بتكرارها ومعاودتها مرة بعد أخرى، صارت معروفة مستقرة في النفوس والعقول، متلقاه بالقبول من غير علاقة ولا قرينة، حتى صارت حقيقة عرفية، فالعادة والعرف بمعنى واحد من حيث الماصدق، وإن اختلفا من حيث المفهوم"[2].

العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي، من الثابت أن لكل تشريع عرفاً خاصاً في استعماله لكثير من الألفاظ يخالف به عن حقائقها اللغوية، فيجب حمل تلك الألفاظ على معانيها العرفية على لسان الشرع، ولو كانت في أصل وضعها اللغوي أوسع مدلولاً، وهي ما تسمى بالاصطلاحات، فهنا يتبين العلاقة بين المعنيين اللغوي والاصطلاحي واضحة، فهما يلتقيان في التتابع الذي هو من معاني العرف في اللغة، من جهة أن العرف في الاصطلاح الأصولي لابد من أن تكون متتابعاً في حياة الناس غالباً عليها[3].

ومن يتتبع كتب أصول الفقه وقواعده يجد كثيراً منهما ينصان على مراعاة أعراف الناس وعاداتهم في الأحكام الشرعية وعند النظر في النصوص، وكذلك الحال في كتب الفروع الفقهية التي احتوت على كثير من الأحكام بنيت على العرف والعادة، وقد أخذ الفقهاء قديماً وحديثاً بالعرف واعتبره في معرفة الأحكام الشرعية.

المطلب الثاني: أقسام العرف

علماً أن الأصوليين والفقهاء لم يأخذوا بالعرف مطلقاً بل اشترطوا أن يكون فيه عدة شروط لابد من توفرها حتى يُعمل به، وإلا فلا عبرة به ولا أثر له في الأحكام، وقد نص أغلب الفقهاء على هذا عند تقسيمه العوائد إلى ضوابط وشروط، ومن أهم هذا التقسيمات كما ذكر العلماء أقساماً عدة للعرف، أذكرها بتقسيم دقيق، وذلك تارة باعتبار الصحة والفساد، وتارة باعتبار العرف العملي والعرف القولي، والعرف القولي والعملي ينقسم قسمةً ثانية إلى عرف عام وعرف خاص، كما يأتي:

---

[1]) سورة الطلاق: من الآية ٦.

[2]) ينظر: أبحاث حول اصول الفقه تاريخه وتطوره، د. سعيد الخن، ص ١٦٩.

[3]) ينظر:أثر الادلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، د. مصطفى ديب البُغا، ٢٤٣/٢.

١. العرف ينقسم من حيث مادته إلى عرف قولي وعرف عملي:

العرف القولي: عرفه الإمام القرافي بقوله: "أَنَّ الْعُرْفَ الْقَوْلِيَّ أَنْ تَكُونَ عَادَةُ أهل الْعُرْفِ يَسْتَعْمِلُونَ اللَّفْظَ فِي مَعْنًى مُعَيَّنٍ وَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ لُغَةً[1]"، يفهم من ذلك أن العرف القولي هو ما تعارف عليه الناس في استعمال ألفاظ معينة، للدلالة على معان خاصة تختلف عن مدلول الألفاظ في اللغة بحيث لا يتبادر إلى الفهم غيره عند سماعه، كتعارف الناس على أن لفظ اللحم يقصد به لحم المواشي دون لحم السمك، مع العلم أنه في اللغة يشمله[2].

العرف العملي: عرفه الإمام القرافي بقوله: "وَأَمَّا الْعُرْفُ الْفِعْلِيُّ فَمَعْنَاهُ أَنْ يُوضَعَ اللَّفْظُ لِمَعْنًى يَكْثُرُ اسْتِعْمَالُ أهل الْعُرْفِ لِبَعْضِ أنواع ذَلِكَ الْمُسَمَّى دُونَ بَقِيَّةِ أنواعهِ مِثَالُهُ أَنَّ لَفْظَ الثَّوْبِ صَادِقٌ لُغَةً عَلَى ثِيَابِ الْكَتَّانِ وَالْقُطْنِ وَالْحَرِيرِ وَالْوَبَرِ وَالشَّعْرِ وَأهل الْعُرْفِ إنَّمَا يَسْتَعْمِلُونَ مِنْ الثِّيَابِ الثَّلَاثَةَ الْأولَ دُونَ الْأَخِيرَيْنِ فَهَذَا عُرْفٌ فِعْلِيٌّ"[3]، يفهم فيما يبدو لي أن ما جرى عليه عمل الناس، وتعارفوه في معاملاتهم وتصرفاتهم، كاعتياد الناس تعطيل بعض أيام الأسبوع عن العمل، والعرف سواء كان قولياً أم عملياً ينقسم قسمة ثانيةً إلى عرف خاص وعرف عام.

٢. العرف ينقسم من حيث انتشاره إلى عرف عام وعرف خاص:

فالعرف العام: هو الذي يكون فاشياً في جميع البلاد بين عامة الناس، كاستعمال لفظ الطلاق في إنهاء رابطة الزوجية، والاستصناع في كثير من الحاجات واللوازم من ألبسة وأحذية وأدوات وغيرها

العرف الخاص: وهو الذي يكون مخصوصاً ببلد أو مكان دون أخر، فئة من الناس دون أخرى، أو طائفة معينة من الناس، ومن هذا تعارف التجار إثبات الديون في دفاتر خاصة من غير إشهاد عليها، واعتبار هذا حجة فيما بينهم، وكتعارف بعض البلدان إطلاق لفظ الدابة على الحمار. والعرف بأنواعه المتقدمة ينقسم قسمة ثالثة إلى عرف صحيح وعرف فاسد[4].

٣. العرف ينقسم من حيث موافقته الشرع إلى عرف صحيح وعرف فاسد:

فالعرف الصحيح: ما لا يخالف دليلاً من الأدلة الشرعية، ولا إجماعاً ولا قاعدة من القواعد الأساسية، أو يفوت المصلحة أو يجلب المفسدة، ومثل هذا العرف يعتبر ويعتد به، ويمكن أن يكون شهد له دليل الشرع بالاعتبار في استنباط وتشريع الأحكام، إذ عدم اعتباره والاعتداد به يوقعُ الناسَ في الضيق والحرج، ويجعل الشريعة في روحها مجافية للغرض الذي جاءت من أجله، ومثال ذلك وجوب النفقة والكسوة للوالدة على قدر حال الرجل من يسار أو إعمار، حيث قيده المشرِع بالمعروف في قوله تعالى: ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ۚ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾[5]، فليس من المعروف إلزام الفقير أكثر مما يقدر عليه، ولا الزام الغني بالشيء الحقير.

---

[1]) ينظر: الفروق، ١٧١/١.
[2]) ينظر: القواعد والضوابط الفقهية، د. أحمد الندوي، ١٧٢/١.
[3]) ينظر: الفروق، ١٧٣/١.
[4]) ينظر:أثر الادلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، د. مصطفى ديب البُغا، ٢٤٨/٢.
[5]) سورة البقرة: من الآية ٢٣٣.

فالذي تعارف عليه الناس وهو بعينه حكم شرعي، وقد نص عليه الشارع وبينه إيجاباً أو تحريماً، سواء أوجده الشرع ابتداءً أم كان متعارفاً بين الناس فدعا إليه وأكده، حيث يدخل كل الأعراف التي كانت سائدة في المجتمع الجاهلي وأقرها الإسلام كالدية والسلم حيث كانا معروفين في الجاهلية[١].

أن هذا النوع من العرف لا خلاف بين الفقهاء في وجوب العمل به، وأن أحكامه ثابتة لا تتغير ولا تتبدل باختلاف الأزمان والأمصار، لأن هذه الأحكام أحكام شرعية مستمرة، لا يلحقها تغيير ولا تبديل، إذ إن تغييرها وتبديلها نسخ وأبطال لها، ولا نسخ بعد انقطاع الوحي[٢].

العرف الفاسد: هو ما تعارفه الناس، ولكن يخالف الشرع أو يحل المحرم أو يبطل الواجب، أو يجلب ضرراً أو يدفع مصلحة، مثل تعارف الناس في وقتنا الحاضر على كثير من المنكرات في الاحتفالات الدينية والموالد والمآتم، وتعارفهم أكل الربا وعقود المقامرة، وأيضاً ما يتعلق بالمعاملات المالية المعاصرة المبنية على الجهالة والغرر، فهذه أعراف فاسدة ما أنزل الله بها من سلطان، بل شهدت الأدلة الشرعية الصحيحة ببطلانها وعدم مشروعيتها[٣].

العرف الذي يكون ما يتعارف عليه الناس هو أخذ بأمر نص الشارع على تحريمه نصاً قاطعاً، أو إهمال لواجب ثبت بنص لا يقبل التخصيص، فإن هذا النوع من العرف لا يؤخذ به ولا يجوز اعتباره بإجماع الفقهاء، بل هو فساد عام يجب التعاون على القضاء عليه، والسكوت عنه سكوت عن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والرضا به تعاون على الأثم والعدوان، فمثل هذا العرف لا يُعتد به، ولا تبنى على مثله الأحكام[٤].

وقد يكون العرف مما لم يشهد له الشرع، لكن لم يفوت مصلحة ولم يجلب مفسدة، بأن يكون ما تعارف عليه الناس غير هذين النوعين –الصحة والفساد- وهو ما يتعارفه الناس ويجري بينهم من وسائل التعبير وأساليب الخطاب والكلام، وما يتواضعون عليه من الأعمال، ويعتادونه من شؤون المعاملات، مما ليس في نفيه ولا إثباته دليل شرعي، وهذا النوع من العرف هو الذي جرى فيه بحث الفقهاء والأصوليين.

وقسم الإمام الشاطبي العوائد إلى أقسام عدة منها "وَالضَّرْبُ الثَّانِي: هِيَ الْعَوَائِدُ الْجَارِيَةُ بَيْنَ الْخَلْقِ بِمَا لَيْسَ فِي نَفْيِهِ وَلَا إثباتهِ دَلِيلٌ شَرْعِيٌّ... الْعَوَائِدُ الْعَامَّةُ الَّتِي لَا تَخْتَلِفُ بِحَسَبِ الْأَعْصَارِ وَالْأَمْصَارِ وَالْأَحْوَالِ، كَالْأَكْلِ وَالشُّرْبِ وَالْفَرَحِ وَالْحُزْنِ، وَالنَّوْمِ وَالْيَقَظَةِ... الْعَوَائِدُ الَّتِي تَخْتَلِفُ باختلاف الْأَعْصَارِ وَالْأَمْصَارِ وَالْأَحْوَالِ، كَهَيْئَاتِ اللِّبَاسِ وَالْمَسْكَنِ، وَاللِّينِ فِي الشِّدَّةِ وَالشِّدَّةِ فِيهِ"[٥]، والظاهر أن هذا التقسيم إلى عوائد لا تختلف وعوائد تختلف، إنما للضرب الثاني وهو العوائد الجارية بين الخلق أما الضرب الأول رجوعها للدليل الشرعي بإثبات الأمر أو نفيه[٦].

---

[١]) ينظر: ضوابط المصلحة، ص ٨٢.

[٢]) ينظر: أبحاث حول اصول الفقه تاريخه وتطوره، د. سعيد الخن، ص ١٧٠.

[٣]) ينظر:أثر الادلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، د. مصطفى ديب البُغا، ٢٤٤/٢ وما بعدها.

[٤]) ينظر: ضوابط المصلحة، ص ٢٨٠- ٢٨١.

[٥]) الموافقات، ٥٠٩/٢.

[٦]) ينظر: أبحاث حول اصول الفقه تاريخه وتطوره، د. سعيد الخن، ص ١٧٠.

المطلب الثالث: الاحتجاج بالعرف

الظاهر أن المذاهب الفقهية متفقة على اعتبار العرف، بالمعنى الذي حررناه على وجه الإجمال، وإن كان بينهم شيء من التفاوت في حدود هذا الاعتبار ومداه، يقول ابن العربي عند تفسير قول الله تعالى: ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ﴾[1]، "فَتُقَدَّرُ- النفقة- بِالِاجْتِهَادِ عَلَى مَجْرَى الْعَادَةِ... الْعَادَةِ، وَهِيَ دَلِيلٌ أصوليٌّ بَنَى اللَّهُ عَلَيْهِ الْأحكام، وَرَبَطَ بِهِ الْحَلَالَ وَالْحَرَامَ"[2].

قوله تعالى: ﴿ خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ ﴾[3]، فكل ما اشهدت به العادة قضي به لظاهر هذه الآية إلا أن يكون هناك بينة، لأن الله سبحانه وتعالى أمر نبيه صلى الله عليه وسلم بالعرف، وهو ما جرت عليه عادات الناس في تعاملاتهم، فدل ذلك على اعتباره في الشرع، وإلا لما كان للأمر به فائدة[4].

قال الله تعالى: ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ ﴾[5]، وجه الدلالة أن تحديد الرزق والكسوة ونوعيتهما تابع للعرف، إذ قد أحال الله إليه، فيجب على آباء الصبيان النفقة على من يعيله من طعام وكسوة وما لابد منه بالمعروف بما يجب لمثل المعال على مثل المعيل، علماً أن أحوال الخلق متفاوتة، فمنهم الغني والفقير، ومنهم الموسع والمقتر وبين ذلك، فأمر كلاً أن ينفق على من لزمته نفقته من زوجته وولده على قدر ميسرته، والميسرة المثلية لا تعرف إلا من طريق العرف السائد في المجتمع[6].

وعن أبن مسعود رضي الله عنه أنه قال: ((فما رأى المسلمون حسنًا، فهو عند الله حسن))[7]، حسن))[7]، فهذا الحديث يستدل به كثير من الفقهاء عندما يحكمون العرف في مسألة من المسائل، ولوروده أيضاً في عبارات المجتهدين في إثبات حجية الاستحسان وغيره، وقد تكلم العلماء في رفع هذا الحديث وخاصة علماء الأصول، على الرغم من أن كثيراً من العلماء يرويه موقوفاً ولم يرفعه إلى النبي صلى الله عليه وسلم.

وجه الاستدلال من الحديث هو أن ما اعتداه المسلمون وعرفوه، وتلقته عقولهم بالقبول أنه حسن، وإذا كان كذلك فهو عند الله حسن أي مقبول ومُسلَّم بشرعيته، وهذا الحديث قلَّما نجد أحداً من العلماء قديماً أو حديثاً كتب في العرف إلا واستدل به[8]، وبهذا أخذ الفقهاء حديثاً وقديماً بالعرف، واعتبروه دليلاً يبنى عليه كثير من الأحكام، ومرجعاً في تفسير النصوص، وبيان ما ترمي إليه.

---

[1]) سورة الطلاق: من الآية٧.

[2]) أحكام القرآن، القاضي محمد بن العربي، ٢٨٩/٤.

[3]) سورة الاعراف: من الآية ١٩٩.

[4]) ينظر: أبحاث حول اصول الفقه تاريخه وتطوره، د. سعيد الخن، ص ١٧١.

[5]) سورة البقرة: من الآية ٢٣٣.

[6]) جامع البيان في تأويل القرآن، الطبري، ٤٣/٥.

[7]) حديث صحيح موقوف على أبن مسعود رضي الله عنه. ينظر: المستدرك على الصحيحين، الحاكم رقم الحديث ٤٤٦٥، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، ٨٣/٣.

[8]) ينظر:أثر الادلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، د. مصطفى ديب البُغا، ٢٧٥/٢.

❖ **شواهد القول بالعرف في الفقه الإسلامي:**

في الفقه الحنفي:

قال الإمام السرخسي: "تُترك الْحَقِيقَة بدلَالَة الِاسْتِعْمَال عرفا لِأَن الْكَلَام مَوْضُوع للإفهام وَالْمَطْلُوب بِهِ مَا تسبق إِلَيْهِ الأوهام فَإِذا تعارف النَّاس اسْتِعْمَاله لشَيْء عينا كَانَ ذَلِك بِحكم الِاسْتِعْمَال كالحقيقة فِيهِ وَمَا سوى ذَلِك لِانْعِدَام الْعرف كالمهجور لَا يتَنَاوَلهُ إِلَّا بِقَرِينَة... لِأَن الثَّابِت بِالْعرْفِ ظَاهرا بِمَنْزِلَة الْحَقِيقَة"[١]، قال ابن الهمام: "الثَّابِتُ بِالْعُرْفِ كَالثَّابِتِ بِالنَّصِّ"[٢]، وقال وقال الحموي: "وَاعْلَمْ أَنَّ اعْتِبَارَ الْعَادَةِ وَالْعُرْفِ يُرْجَعُ إليه فِي الْفِقْهِ فِي مَسَائِلَ كَثِيرَةٍ حَتَّى جَعَلُوا ذَلِكَ أصلا، فَقَالُوا فِي الأصول فِي بَابِ مَا تُتْرَكُ بِهِ الْحَقِيقَةُ: تُتْرَكُ الْحَقِيقَةُ بِدَلَالَةِ الِاسْتِعْمَالِ وَالْعَادَةِ، كَذَا ذَكَرَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ فَاخْتُلِفَ فِي عَطْفِ الْعَادَةِ عَلَى الِاسْتِعْمَالِ"[٣].

بَيَانُ قَدْرِ الْقِرَاءَةِ فَالْكَلَامُ فِيهِ يَقَعُ في عدة مواضع منها "قُدِّرَ الْفَرْضُ بِآيَةٍ طَوِيلَةٍ كَآيَةِ الْكُرْسِيِّ، وَآيَةِ الدَّيْنِ، أو ثَلَاثِ آيَاتٍ قِصَارٍ، وَبِهِ أَخَذَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ... فَهُمَا يَعْتَبِرَانِ الْعُرْفَ، وَيَقُولَانِ: مُطْلَقُ الْكَلَامِ يَنْصَرِفُ إلى الْمُتَعَارَفِ، وَأَدْنَى مَا يُسَمَّى الْمَرْءُ بِهِ قَارِئًا فِي الْعُرْفِ أَنْ يَقْرَأَ آيَةً طَوِيلَةً أو ثَلَاثَ آيَاتٍ قِصَارٍ"[٤].

في الفقه المالكي:

يأخذ بالعرف ويعتبره أصلاً من الأصول الفقهية، فيما لا يكون فيه نص قطعي، يؤكد الإمام الشاطبي بعد تقسيمه العادات إلى شرعية وجارية بين الخلق كما مرّ سابقاً، بالأخذ في العادات بقوله: "الْعَوَائِدِ الْجَارِيَةِ فِي النَّاسِ، إِمَّا حَسَنَةً عِنْدَ الشَّارِعِ أو قَبِيحَةً، فَإِنَّهَا مِنْ جُمْلَةِ الْأُمُورِ الدَّاخِلَةِ تَحْتَ أحكام الشَّرْعِ، فَلَا تَبْدِيلَ لَهَا وإن اختلفت آرَاءُ الْمُكَلَّفِينَ فِيهَا"[٥]، ويقول الإمام القرافي: "وَإِذَا كَانَ الشَّيْءُ عَيْبًا فِي الثِّيَابِ فِي عَادَةٍ رَدَدْنَا بِهِ الْمَبِيعَ فَإِذَا تَغَيَّرَتْ الْعَادَةُ وَصَارَ ذَلِكَ الْمَكْرُوهُ مَحْبُوبًا مُوجِبًا لِزِيَادَةِ الثَّمَنِ لَمْ نَرُدَّ بِهِ وَبِهَذَا الْقَانُونِ تُعْتَبَرُ جَمِيعُ الأحكام الْمُرَتَّبَةِ عَلَى الْعَوَائِدِ وَهُوَ تَحْقِيقٌ مُجْمَعٌ عَلَيْهِ بَيْنَ الْعُلَمَاءِ لَا خِلَافَ فِيهِ بَيْنَهُمْ نَعَمْ قَدْ يَقَعُ الْخِلَافُ بَيْنَهُمْ فِي تَحْقِيقِهِ هَلْ وُجِدَ أَمْ لَا"[٦]، ولكنه واقع في زماننا فالثياب تباع مشقوقة ومخرقة ومع ذلك يعد شيئاً مرغوباً، وهذا من الامور الذي لا يصدقه العقل لولا وجودها.

"قَالَ مَالِكٌ: مَنْ اسْتَأْجَرَ صَانِعًا عَلَى عَمَلٍ عُرِفَ أَنَّهُ يَعْمَلُهُ بِيَدِهِ فَسَأَلَهُ تَقْدِيمَ الْأُجْرَةِ وَهُوَ يَقُولُ: لَا أَعْمَلُهُ إلَّا إلى شَهْرٍ لَا يَصْلُحُ تَقْدِيمُ أَجْرِهِ لَهُ حَتَّى يَبْدَأَ فِي عَمَلِهِ، فَإِنْ بَدَأَهُ قَدَّمَهُ لَهُ إنْ شَاءَ. ابْنُ رُشْدٍ: وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ تَقْدِيمُ الْأُجْرَةِ إلَّا بِشَرْطٍ أو عُرْفٍ (أو عَادَةٍ) مِنْ الْمُدَوَّنَةِ قَالَ مَالِكٌ: إذَا أَرَادَ الصُّنَّاعُ وَالْأُجَرَاءُ تَقْدِيمَ الْأَجْرِ قَبْلَ الْفَرَاغِ وَامْتَنَعَ رَبُّ الْعَمَلِ حُمِلُوا عَلَى الْمُتَعَارَفِ بَيْنَ النَّاسِ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُمْ سُنَّةٌ لَمْ يَقْضِ لَهُمْ إلَّا بَعْدَ فَرَاغِ أَعْمَالِهِمْ"[٧].

قال ابن رشد الجد: "ولو أكرى منه الدابة إلى مكة بعلفها، أو كل يوم بدرهم أسرع في السير أو أبطأ فيه، لم يجز باتفاق؛ ولو أكراها منه إلى مكة بعلفها، أو كل يوم بدرهم على أن يسير سير

---

[١]) المبسوط، السرخسي، ١٩٠/١.

[٢]) ينظر: فتح القدير، ٣٢/٨.

[٣]) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ٢٩٥/١.

[٤]) بدائع الصنائع، ١١٢/١.

[٥]) الموافقات، ٤٨٨/٢.

[٦]) ينظر: الفروق، ١٩١/١.

[٧]) التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي (المتوفى: ٨٩٧هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٦هـ-١٩٩٤م، ٥٠٠/٧.

الناس المعتاد لجاز ذلك باتفاق، فالخلاف إنما هو إذا وقع الكراء مبهما دون بيان... حمله في المدونة على الوصول على السير المتعارف فأجازه؛ لأنه إذا كان المعروف عند الناس أن الوصول إلى مكة على السير المتعارف يكون على التمثيل في شهر، فكأنه إنما أكرى منه إلى مكة بثلاثين درهما أو بعلف ثلاثين ليلة، فوجب أن يكون ذلك جائزا"[١].

في الفقه الشافعي:

اعتمد الإمام الشافعي في تحديد الحرز الذي يعتبر شرطاً في قطع يد السارق على العرف، قال عن ضبط الحرز: "أَنْظُرُ إلى الْمَسْرُوقِ فَإِنْ كَانَ فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي سُرِقَ فِيهِ تَنْسِبُهُ الْعَامَّةُ إلى أَنَّهُ فِي مِثْلِ ذَلِكَ الْمَوْضِعِ مُحْرَزٌ فَأَقْطَعُ فِيهِ وَإِنْ كَانَتْ الْعَامَّةُ لَا تَنْسُبُهُ إلى أَنَّهُ فِي مِثْلِ ذَلِكَ الْمَوْضِعِ مُحْرَزٌ فَلَا يُقْطَعُ فِيهِ... إلَّا أَنَّ الْأَحْرَازَ تَخْتَلِفُ فَيُحْرَزُ بِكُلِّ مَا يَكُونُ الْعَامَّةُ تُحْرِزُ بِمِثْلِهِ وَالْحَوَائِطُ لَيْسَتْ بِحِرْزٍ لِلنَّخْلِ وَلَا لِلثَّمَرَةِ؛ لِأَنَّ أكثرهَا مُبَاحٌ يَدْخُلُ مِنْ جَوَانِبِهِ فَمَنْ سَرَقَ مِنْ حَائِطٍ شَيْئًا مِنْ ثَمَرٍ مُعَلَّقٍ لَمْ يُقْطَعْ فَإِذَا أواهُ الْجَرِينُ[٢] قُطِعَ فِيهِ وَذَلِكَ أَنَّ الَّذِي تَعْرِفُهُ الْعَامَّةُ عِنْدَنَا أَنَّ الْجَرِينَ حِرْزٌ وَأَنَّ الْحَائِطَ غَيْرُ حِرْزٍ"[٣].

فقد عقد الإمام العز بن عبد السلام فصلاً تحت عنوان تَنْزِيلِ دَلَالَةِ الْعَادَاتِ وَقَرَائِنِ الْأَحْوَالِ مَنْزِلَةَ صَرِيحِ الْأَقْوَالِ وذكر لذلك أمثلة منها، حفظ الودائع والأمانات فيما جرى العرف بحفظه فيه، فإذا حفظت في غيره كانت مضمونة فقال: "حَمْلُ الْوَدَائِعِ وَالْأَمَانَاتِ عَلَى حِرْزِ الْمِثْلِ فَلَا تُحْفَظُ الْجَوَاهِرُ وَالذَّهَبُ وَالْفِضَّةُ بِإِحْرَازِ الثِّيَابِ وَالْأَحْطَابِ تَنْزِيلًا لِلْعُرْفِ مَنْزِلَةَ تَصْرِيحِهِ بِحِفْظِهَا فِي حِرْزِ مِثْلِهَا... حَمْلُ الصِّنَاعَاتِ عَلَى صِنَاعَةِ الْمِثْلِ فِي مَحَلِّهَا، فَإِذَا اسْتَأْجَرَ الْخَيَّاطُ لِخِيَاطَةِ الْكِرْبَاسَ الْغَلِيظَ وَالْبَزِّ الرَّفِيعِ كالديبقي فَإِنَّهُ يُحْمَلُ فِي كُلِّ واحدةٍ مِنْهُمَا عَلَى مِثْلِهِ فِي الْعَادَةِ، فَلَوْ خَاطَ الديبقي خِيَاطَةَ الْكَرَابِيسِ لَمْ يَسْتَحِقَّ شَيْئًا تَنْزِيلًا لِلَّفْظِ مَنْزِلَةَ التَّصْرِيحِ بِخِيَاطَةِ الْمِثْلِ"[٤].

قال الإمام السيوطي: " فِي تَعَارُضِ الْعُرْفِ مَعَ الشَّرْعِ... أَنْ لَا يَتَعَلَّقَ بِالشَّرْعِ حُكْمٌ، فَيُقَدَّمُ عَلَيْهِ عُرْفُ الِاسْتِعْمَالِ، فَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ لَحْمًا ؛ لَمْ يَحْنَثْ بِالسَّمَكِ، وَإِنْ سَمَّاهُ اللَّهُ لَحْمًا، أو لَا يَجْلِسُ عَلَى بِسَاطٍ أو تَحْتَ سَقْفٍ أو فِي ضَوْءِ سِرَاجٍ، لَمْ يَحْنَثْ بِالْجُلُوسِ عَلَى الْأَرْضِ وَإِنْ سَمَّاهَا اللَّهُ بِسَاطًا، وَلَا تَحْت السَّمَاءِ، وَإِنْ سَمَّاهَا اللَّهُ سَقْفًا، وَلَا فِي الشَّمْسِ، وَإِنْ سَمَّاهَا اللَّهُ سِرَاجًا، أو لَا يَضَعُ رَأْسَهُ عَلَى وَتَدٍ، لَمْ يَحْنَثْ بِوَضْعِهَا عَلَى جَبَلٍ، أو لَا يَأْكُلُ مَيْتَةً أو دَمًا، لَمْ يَحْنَثْ بِالسَّمَكِ وَالْجَرَادِ وَالْكَبِدِ وَالطِّحَالِ، فَقُدِّمَ الْعُرْفُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ ؛ لأنها أُسْتُعْمِلَتْ فِي الشَّرْعِ تَسْمِيَةً بِلَا تَعَلُّقِ حُكْمٍ وَتَكْلِيفٍ"[٥].

ومن يتتبع الكتب الفقهية للمذهب الشافعي يجد كثيراً من الشواهد على مراعاة عرف الناس وعاداتهم في الأحكام الشرعية، حتى أصبح من القواعد المقررة "العادة محكمة"، وهذا ما وقع للإمام الشافعي بعد أن انتقل إلى مصر حيث لمس تغيير بعض الاعراف، فإنه خالف بعض آرائه في العراق المبنية على العرف حينما وجد عرف أهل مصر يخالف عرف أهل العراق، قال الإمام السيوطي: "أَنَّ اعْتِبَارَ الْعَادَةِ وَالْعُرْفِ رُجِعَ إليه فِي الْفِقْهِ، فِي مَسَائِلَ لَا تُعَدُّ كَثْرَةً... قَالَ

---

[١]) البيان والتحصيل، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، ١٠٣/٩.

[٢]) الجرين هو البيدر الذي يداس فيه الحب، ويكون موضعاً الذي يجفف فيه الثمار، وأما معنى الحوائط هو البستان.

[٣]) الام، ١٦٠/٦- ١٦١.

[٤]) قواعد الاحكام في مصالح الانام، ١٢٧/٢.

[٥]) ينظر: الأشباه والنظائر، السيوطي، ص ٩٣.

الإمام، فِي بَابِ الأصول وَالثِّمَارِ: كُلُّ مَا يَتَّضِحُ فِيهِ اطِّرَادُ الْعَادَةِ، فَهُوَ الْمُحْكَمُ، وَمُضْمَرُهُ كَالْمَذْكُورِ صَرِيحًا، وَكُلّ مَا تُعَارِضُ الظُّنُونُ بَعْضَ التَّعَارُضِ فِي حُكْمِ الْعَادَةِ فِيهِ فَهُوَ مَثَارُ الْخِلَافِ"[١]، وعلى هذا يظهر أن الشافعية يحتج بالعرف، فيما لا يكون فيه نص شرعي أو ضابط له في اللغة فمرجعه إلى العرف[٢].

في الفقه الحنبلي:

ولقد عقد ابن القيم الحنبلي فصلاً بعنوان تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال... وَهَذَا مَحْضُ الْفِقْهِ، وَمَنْ أَفْتَى النَّاسَ بِمُجَرَّدِ الْمَنْقُولِ فِي الْكُتُبِ عَلَى اختلاف عُرْفِهِمْ وَعَوَائِدِهِمْ وَأَزْمِنَتِهِمْ وَأَمْكِنَتِهِمْ وَأَحْوَالِهِمْ وَقَرَائِنِ أَحْوَالِهِمْ فَقَدْ ضَلَّ وَأَضَلَّ، وَكَانَتْ جِنَايَتُهُ عَلَى الدِّينِ أَعْظَمَ مِنْ جِنَايَةِ مَنْ طَبَّبَ النَّاسَ كُلَّهُمْ عَلَى اختلاف بِلَادِهِمْ وَعَوَائِدِهِمْ وَأَزْمِنَتِهِمْ وَطَبَائِعِهِمْ بِمَا فِي كِتَابٍ مِنْ كُتُبِ الطِّبِّ عَلَى أَبْدَانِهِمْ، بَلْ هَذَا الطَّبِيبُ الْجَاهل وَهَذَا الْمُفْتِي الْجَاهل أَضَرُّ مَا عَلَى أَدْيَانِ النَّاسِ وَأَبْدَانِهِمْ وَاَللَّهُ الْمُسْتَعَانُ"[٣].

قال ابن قدامه: "المعاطاة مثل أن يقول: أعطني بهذا خبزاً، فيعطيه ما يرضيه، أو يقول: خذ هذا الثوب بدينار، فيأخذه فيصح، لأن الشرع ورد بالبيع، وعلق عليه أحكاماً، ولم يعين له لفظاً، فعلم أنه ردهم إلى ما تعارفوه بينهم بيعاً، والناس في أسواقهم وبياعاتهم على ذلك. وحكي عن القاضي: أنه يصح في الأشياء اليسيرة دون الكثيرة، لأن العرف إنما جرى به في اليسير، والحكم في الهبة والهدية والصدقة، كالحكم في البيع، وذلك لاستواء الجميع في المعنى"[٤].

جاء في كون الرجل كفء للزوجة فقد قال ابن قدامه: "فَمَنْ كَانَ مِنْ أهل الصَّنَائِعِ الدَّنِيئَةِ، كَالْحَائِكِ، وَالْحَجَّامِ، وَالْحَارِسِ، وَالْكَسَّاحِ، وَالدَّبَّاغِ، وَالْقَيِّمِ، وَالْحَمَّامِيِّ، وَالزَّبَّالِ، فَلَيْسَ بِكُفْءٍ لِبَنَاتِ ذَوِي الْمُرُوءَاتِ، أو أَصْحَابِ الصَّنَائِعِ الْجَلِيلَةِ، كَالتِّجَارَةِ، وَالْبِنَايَةِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ نَقْصٌ فِي عُرْفِ النَّاسِ، فَأَشْبَهَ نَقْصَ النَّسَبِ، وَقَدْ جَاءَ فِي الْحَدِيثِ: «الْعَرَبُ بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ أَكْفَاءٌ، إلَّا حَائِكًا، أو حَجَّامًا» . قِيلَ لِأَحْمَدَ - رَحِمَهُ اللَّهُ -: وَكَيْفَ تَأْخُذُ بِهِ وَأَنْتَ تُضَعِّفُهُ؟ قَالَ: الْعَمَلُ عَلَيْهِ. يَعْنِي أَنَّهُ وَرَدَ مُوَافِقًا لِأهل الْعُرْفِ"[٥].

فهذه النصوص ومثلها كثير تدل على اتفاق المذاهب جملة على اعتبار العرف، وجعلوه أصلاً ينبني شطر عظيم من أحكام الفقه، ومن يتتبع كتب الفقه وقواعده يجد كثيراً من الشواهد كالمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً واستعمال الناس حجة يجب العمل بها والعبرة للغالب الشائع لا للنادر والتعيين عرفا كالتعيين بالنص والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم وإنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت[٦].

وهكذا بعد هذا العرض للمسائل الفقهية العديدة وذكر النصوص الفقهية لدى المذاهب الأربعة، يتضح لدينا أن العرف معتبر على الجملة في بناء الأحكام الشرعية لدى الفقهاء جميعاً، فإذا وجدنا اختلافاً بينهم في بعض المسائل الفرعية المبنية على العرف، فإنما يكون ذلك الاختلاف لاختلافهم في بعض مسائله أو لاختلاف العرف نفسه، أو لاختلافهم في وجوده وعدمه،

---

[١]) ينظر: الأشباه والنظائر، السيوطي، ص ٧ و ٩٠- ٩٢.

[٢]) ينظر: المنثور في القواعد الفقهية، الزركشي، ٣٩٢/٢.

[٣]) إعلام الموقعين عن رب العالمين، ٦٦/٣.

[٤]) الكافي في فقه الإمام أحمد، ٣/٢.

[٥]) المغني، ٣٨/٧.

[٦]) ينظر: القواعد والضوابط الفقهية، د. أحمد الندوي، ١٩١/١- ١٩٨.

أو اطراده واضطرابه، ولعل وجوه الاتفاق على اعتبار العرف في بناء الأحكام الشرعية كما رأينا ذلك من خلال ما ذكروه من المسائل في كتبهم، وفي ذلك يقول الإمام القرافي: "أَمَّا الْعُرْفُ فَمُشْتَرَكٌ بَيْنَ الْمَذَاهِبِ وَمَنِ اسْتَقْرَأَهَا وَجَدَهُمْ يُصَرِّحُونَ بِذَلِكَ فِيهَا"[١]، وبهذا نصل أن العرف هو ما تكرر استعماله حتى اكتسب صفة الاستقرار في النفوس والتقبل في العقول والرعاية في التصرفات، وهذا الاتفاق منهم على العمل بالعرف على وجه الإجمال لا على وجه التفصيل، حيث وجدت مسائل فرعية كثيرة مبناها العرف، ومع ذلك وجد لهم اختلاف فيها كما أشرنا إلى سببه، ولعل وجود الاختلاف كان سبباً في اعتبار هذا الدليل الشرعي من الأدلة المختلف فيها لدى الأصوليين والفقهاء[٢].

المطلب الرابع: شروط اعتبار العرف

ولابد من توافر شروط لاعتبار العرف دليلاً يرجع إليه الفقيه إذ أعوزه دليل أرجح منه، وهذه الشروط كما يأتي:

١) أن لا يخالف العرف نصاً:

ألا يعارض العرف نصاً شرعياً أو أصلاً قطعياً من أصول الشريعة، بحيث يكون العمل بالعرف تعطيلاً له، فقد بحث الأصوليون في تعارض العرف مع النصوص القطعية، فمتى صح النص أو ثبت الأصل عن الشارع المستفاد منهما في تدبير شؤون الناس فهو حق وحجة قائمة[٣].

فننظر إلى العرف فأن كان يناقض الشريعة ولم يكن رد العرف إلى أصل من أصول الشرع أتفق العلماء على رد هذا العرف وعدم اعتباره، وإذا كان التعارض من كل وجه، كأن يكون النص مقيداً أو خاصاً، فالجمهور على عدم اعتبار هذا العرف، لأن من شروط العرف أن لا يكون مخالفاً لأدلة الشرع من كل وجهٍ، وأما إذا أمكن الجمع بينهما فلا يرد العرف، كأن لم يكن التعارض من كل وجه، كما إذا كان النص مطلقاً أو عاماً، يمكن معه التوفيق بينهما بوجه من أوجه التوفيق المعتبرة عند أهل العلم، أو يمكن تنزيل النص الشرعي على العرف، بأن كان النص نفسه معللاً بالعرف، فللعرف حينئذٍ مجال لتأمله، والبحث في اعتباره والاعتداد به[٤]، كما هو حاصل مع قوله صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام: حزام: ((لا تبع ما ليس عندك))[٥]، لكنه عام يترك مع تعارف الناس في المقاولات والاستصناع.

٢) أن يكون العرف مطرداً أو غالباً:

أي أن يكون العمل به لدى متعارفيه مستمراً في جميع الحوادث لا يتخلف في واحدة منها وهذا هو معنى الاطراد، أو أن يكون العمل به جارياً في أكثر الحوادث إذا لم يكن في جميعها، وهذا هو معنى الغلبة، يقول الإمام السيوطي: " إِنَّمَا تُعْتَبَرُ الْعَادَةُ إِذَا اطَّرَدَتْ، فَإِنْ اضْطَرَبَتْ فَلَا. وَإِنْ تَعَارَضَتْ الظُّنُونُ فِي اعْتِبَارِهَا فَخِلَافٌ"[٦]، وفي هذا يقول الإمام ابن نجيم: "إِنَّمَا تُعْتَبَرُ الْعَادَةُ إذَا اطَّرَدَتْ أو غَلَبَتْ وَلِذَا قَالُوا فِي الْبَيْعِ: لَوْ بَاعَ بِدَرَاهِمَ أو دَنَانِيرَ وَكَانَا فِي بَلَدٍ اخْتَلَفَ فِيهِ النُّقُودُ مَعَ الاختلاف فِي الْمَالِيَّةِ وَالرَّوَاجِ انْصَرَفَ الْبَيْعُ إلى الْأَغْلَبِ... لأنه هُوَ الْمُتَعَارَفُ فَيَنْصَرِفُ الْمُطْلَقُ إليه"[٧].

---

[١]) الذخيرة، ١٥٢/١.

[٢]) ينظر:أثر الادلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، د. مصطفى ديب البُغا، ٢٦٣/٢.

[٣]) ينظر: أبحاث حول اصول الفقه تاريخه وتطوره، د. سعيد الخن، ص ١٧٠.

[٤]) ينظر: ضوابط المصلحة، ص ٢٨٦.

[٥]) سبق تخريجه

[٦]) ينظر: الأشباه والنظائر، السيوطي، ص ٩٢.

[٧]) الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ، لابن نجيم، ص ٩٧.

ولا يقدح في اعتبار العرف إذا ترك العمل به في بعض الحوادث القليلة، لأنه لا يزال يعتبر غالباً، لأن العبرة بالغالب، والنادر لا حكم له، وفي هذا ثبتتْ العوائد في اعتبارها ما بقيت عادة في الجملة.

٣) أن لا يكون هناك اتفاق على استبعاد العرف:

أي لا يوجد قول يصرح بخلاف عمل يفيد عكس مضمونه، إذ أن تحكيم العرف يعود إلى سكوت المتعاقدين عن الأمر المتعارف وعدم اشتراطهما إياه صراحة يعتبر إقراراً منهما له، فإثبات الحكم العرفي في هذه الحالة هو من قبيل الدلالة، فإذا وقع تصريح بخلافه أصبحت هذه الدلالة باطلة، لكون العرف أضعف من دلالة اللفظ، فيترجح جانبه عند المعارضة، إذ لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح، فيعمل بهذا الاتفاق ولا عبرة بالعرف[١].

وفي معنى ذلك يقول الإمام العز بن عبد السلام: "كُلُّ مَا يَثْبُتُ فِي الْعُرْفِ إذَا صَرَّحَ الْمُتَعَاقِدَانِ بِخِلَافِهِ بِمَا يُوَافِقُ مَقْصُودَ الْعَقْدِ صَحَّ فَلَوْ شَرَطَ الْمُسْتَأْجِرُ عَلَى الْأَجِيرِ أَنْ يَسْتَوْعِبَ النَّهَارَ بِالْعَمَلِ مِنْ غَيْرِ أَكْلٍ وَشُرْبٍ وَيَقْطَعُ الْمَنْفَعَةَ لَزِمَهُ ذَلِكَ... وَلَوْ شَرَطَ عَلَيْهِ أَنْ يَعْمَلَ شَهْرًا اللَّيْلَ وَالنَّهَارَ بِحَيْثُ لَا يَنَامُ لَيْلًا وَلَا نَهَارًا فَالَّذِي أَرَاهُ بُطْلَانَ هَذِهِ الْإِجَارَةِ لِتَعَذُّرِ الْوَفَاءِ بِهِ، فَإِنَّ النَّوْمَ يَغْلِبُ بِحَيْثُ لَا يَتَمَكَّنُ الْأَجِيرُ مِنْ الْعَمَلِ، فَكَانَ ذَلِكَ غَرَرًا لَا تَمَسُّ الْحَاجَةُ إليه"[٢]، فالعرف يكون حجة إذا لم يكن مخالفاً لنصٍ أو شرطٍ لأحد العاقدين.

٤) أن يكون العرف المراد تحكيمه والعمل به في التصرفات قائماً وموجوداً عند إنشائه:

فلا عبرة بالعرف المتأخر الطارئ على التصرفات أو النص، ولا عبرة بالعرف السابق على التصرف إذا تغير قبل إنشائه، فلابد أن يكون العرف المراد تحكيمه والذي يحمل عليه التصرف موجوداً ومعمولاً به وقت إنشاء هذا التصرف، وذلك بأن يكون حدوث العرف سابقاً على حدوث التصرف، ثم يستمر إلى زمانه فيقارن حدوثه، لأن العرف إنما يؤثر فيما يوجد بعده، لا فيما مضى قبله، ويستوي في ذلك العرف القولي والعملي، وفي ذلك يقول الإمام السيوطي: "الْعُرْفُ الَّذِي تُحْمَلُ عَلَيْهِ الْأَلْفَاظُ، إنَّمَا هُوَ الْمُقَارَنُ السَّابِقُ دُونَ الْمُتَأَخِّرِ"[٣]، فإذا تأملنا في كلام العلماء المتقدمين نجد أنه يدل دلالة صريحة على أن العرف لابد أن يكون جارياً وقت وقوع ما يحكم فيه، ولهذا فلا يحكم بالعرف على ما تقدم حتى يقوم الدليل على أنه عرف ذلك التقدم، كما لا يحكم به في المستقبل، حتى يكون ثابتاً ومستقراً فيه، ويؤكد هذا المعنى الإمام ابن نجيم بقوله: "وَلِذَا قَالُوا لَا عِبْرَةَ بِالْعُرْفِ الطَّارِئِ فَلِذَا اُعْتُبِرَ فِي الْمُعَامَلَاتِ، وَلَمْ يُعْتَبَرْ فِي التَّعْلِيقِ فَيَبْقَى عَلَى عُمُومِهِ وَلَا يُخَصِّصُهُ الْعُرْفُ"[٤].

٥) أن يكون العرف ملزماً:

يتحتم العمل بمقتضاه في نظر الناس، وهو خاص بالعرف المثبت لحق من الحقوق لقيامه مقام الشرط أو العقد، مطابقة للقاعدة الفقهية: "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً"[٥]، فهذا الشرط يعتبر نتيجة لتحقق شرائط العرف السابقة، فإذا كان هناك عرفٌ واعتياد في المكافاة عليها وقت المناسبات مثلاً، لزمه بدليل الشعور بكونه ملزماً[٦].

---

[١]) ينظر:أثر الادلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، د. مصطفى ديب البُغا، ٢٧١/٢.

[٢]) قواعد الاحكام في مصالح الانام، ١٨٦/٢.

[٣]) ينظر: الأشباه والنظائر، السيوطي، ص ٩٦.

[٤]) الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ، لابن نجيم، ص ٨٦.

[٥]) ينظر: القواعد والضوابط الفقهية، د. أحمد الندوي، ١٩١/١.

[٦]) ينظر:أثر الادلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، د. مصطفى ديب البُغا، ٢٨١/٢.

المطلب الخامس: كيفية الاستفادة من العرف

أولاً: يمكن للأصولي والمجتهد أن يستفيد من خلال النظر في العادات والأعراف الموجودة في عالم المعاملات والتجارة والاقتصاد وغيرها، فما كان صحيحاً يُحكم عليه بالصحة، وما كان فاسداً يُحكم عليه بالبطلان، وما يحتاج إلى تعديل فيذكر له التعديلات المطلوبة شرعاً حتى يصبح صحيحاً وجائزاً، وهذا ما فعله الصحابة الكرام حينما فتحوا البلاد ووجدوا أمامهم كمّاً ضخماً من هذه العادات والأعراف، فأقروا صالحها وألغوا فاسدها، وعدلوا ما احتاج إلى تعديل، بل أدخلوا صالحها وجيدها ضمن المنظومة الحضارية الإسلامية، ومن ذلك اقرارهم نظام الدواوين وهو نظام فارسي فقد بقى ديوان العراق باللغة الفارسية ولم يتغير ذلك إلا في عهد الأمويين[1].

كما أن تطبيقات الفقهاء المجتهدين الكبار كانت تسير على هذا المنوال، حيث تعاملوا مع الأعراف الموجودة على المنهج السابق، فقد ثبت عن الإمام محمد بن الحسن أنه خالف أمامه أبا حنيفة في بيع النحل ودودة القز، بناء على أعراف الناس، لأنه حيوان منتفع به فيجوز بيعه بناءً على العرف[2]، وجاء لأبن العربي في تفسيره بمسألة المرضعة فقال: "وَلِمَالِكٍ فِي الشَّرِيفَةِ رَأْيٌ خَصَّصَ بِهِ الآيَة فَقَالَ: إنَّهَا لَا تُرْضِعُ إذَا كَانَتْ شَرِيفَةً. وَهَذَا مِنْ بَابِ الْمصلحة"[3]، حيث استثنى منهم المرأة الشريفة التي عُرفُها ألا ترضع، وقد غيّر الإمام الشافعي بعض آرائه حينما لمس تغيير الاعراف عندما ذهب إلى مصر واطّلع على أعرافهم وعاداتهم، وكذلك الإمام أحمد أعتمد على العرف في تطبيق الأحكام وتفسير النصوص[4]، لأن العادات والأعراف الحسنة أو المباحة التي يشهد في اعتبارها عادات الناس وفق مقررات الشريعة وقواعدها ينبغي تحكيمه والاعتداد به لرفع الحرج، لولاه لأدى إلى تكليف ما لا يطاق، وهو غير جائز أو غير واقع.

ثانياً: نصوص الشريعة المطلقة المُوحية بتحكيم العرف، مثل مسائل الرضاعة والنفقة والقبض والكسوة ونحو ذلك كثير، قال الإمام ابن قدامه: " وَلَنَا أَنَّهُ وَرَدَ فِي الشَّرْعِ مُطْلَقًا مِنْ غَيْرِ تَحْدِيدٍ، وَلَا حَدَّ لَهُ فِي اللُّغَةِ، وَلَا فِي الشَّرِيعَةِ، فَيَجِبُ الرُّجُوعُ فِيهِ إلى الْعُرْفِ وَالْعَادَةِ، كَمَا فِي الْقَبْضِ، وَالْإِحْرَازِ، وَالتَّفَرُّقِ... وَالصَّحِيحُ مَا ذَكَرْنَاهُ، مِنْ رَدِّ النَّفَقَةِ الْمُطْلَقَةِ فِي الشَّرْعِ إلى الْعُرْفِ فِيمَا بَيْنَ النَّاسِ فِي نَفَقَاتِهِمْ، فِي حَقِّ الْمُوسِرِ وَالْمُعْسِرِ وَالْمُتَوَسِّطِ، كَمَا رَدَدْنَاهُمْ فِي الْكِسْوَةِ إلى ذَلِكَ"[5]، ويدل على ذلك حديث أم المؤمنين السيدة عائشة أن هند بنت عتبة قالت: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ وَلَيْسَ يُعْطِينِي مَا يَكْفِينِي وَوَلَدِي، إِلَّا مَا أَخَذْتُ مِنْهُ وَهُوَ لاَ يَعْلَمُ، فَقَالَ: ((خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ، بِالْمَعْرُوفِ))[6]، قال الحافظ أبن حجر العسقلاني: "وَفِيهِ اعْتِمَادُ الْعُرْفِ فِي الْأُمُورِ الَّتِي لَا تَحْدِيدَ فِيهَا مِنْ قِبَلِ الشَّرْعِ"[7].

ثالثاً: الاستقراء وفق طبيعة الشريعة وطريقتها في ترتيب الأحكام على العوائد، ودلالة اطراد التكاليف على اعتبار العادات، وهذا المسلك استدلَّ به الإمام الشاطبي في ترتيب الأحكام من خلال اعتبار العوائد من جهة الشرع، مبيناً ذلك بمنهجه وطريقته المستقلة بقوله: "العوائد الجارية ضرورية الاعتبار شرعاً... أَنَّ الأصل فِي الْعَادَاتِ الِالْتِفَاتُ إلى الْمَعَانِي، فَلِلْأُمُورِ: أولُهَا:

---

[1]) مقدمة ابن خلدون، دار الفكر، بيروت - الطبعة: الثانية، ١٤٠٨ هـ، ص ٣٠٣.

[2]) بدائع الصنائع،١٤٤/٥.

[3]) أحكام القرآن، القاضي محمد بن العربي، ٢٧٥/١.

[4]) ينظر: المغني، ٣٨/٧، المنثور في القواعد الفقهية، الزركشي، ٣٩٢/٢.

[5]) المغني، ٢٢٥/١ و ١٩٨/٨.

[6]) صحيح البخاري، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه، رقم الحديث ٥٣٦٤، ٦٥/٧.

[7]) فتح الباري شرح صحيح البخاري، ٣٢٦/١٢.

الإِسْتِقْرَاءُ، فَإِنَّا وَجَدْنَا الشَّارِعَ قَاصِدًا لِمَصَالِحِ الْعِبَادِ، وَالْأحكام الْعَادِيَّةُ تَدُورُ مَعَهُ حَيْثُمَا دَارَ... وَيَجُوزُ إِذَا كَانَ فِيهِ مَصْلَحَةٌ رَاجِحَةٌ، وَلَمْ نَجِدْ هَذَا فِي بَابِ الْعِبَادَاتِ مَفْهُومًا كَمَا فَهِمْنَاهُ فِي الْعَادَاتِ"[1].

رابعاً: الشرط المتعارف في العقود والتصرفات، ذهب جماعة من الفقهاء إلى أن الأعراف التجارية تدخل مثل الشروط في العقود حتى صاغوا قاعدة معبرةً عن ذلك فقالوا: "المعروف بين التجار كالمشروط بينهم"[2]، وهم يقصدون بذلك أن ما يقع بين التجار من المعاملات التجارية، أو بين غيرهم من العقود والمعاملات ينصرف عند الإطلاق إلى العرف والعادة، وبناء على ذلك إن كل عمل من التجارة إذا سكت فيه عن قيدٍ وشرطٍ، فالمرجع في ذلك العرف المتبع بين التجار، فالحكمة الكامنة في تحكيم العادات في المعاملات المالية لاستعمال الأصل فيها العفو، فلا يحظر منها إلا ما حرمه الشرع.

خامساً: تطبيق العرف في بعض النصوص القطعية، كثير من النصوص الشرعية تفسرها الأعراف، وبالتالي لا يمكن تطبيقها إلا من خلال الرجوع إلى الأعراف، فالقران الكريم أوجب العدالة بالشهادة، وأنها تسقط بما تخل بالمروءة، وهي أمر تابع للأعراف التي تبين ما يخل بالمروءة التي تُرد بها الشهادة، فالنصوص القرآنية والنبوية تُحمل على العرف السائد عند نزولها أو ورودها، وليست على الأعراف السابقة أو اللاحقة[3].

سادساً: تأثير العرف في تغير الأحكام الاجتهادية، ولهذا قالوا في شروط الاجتهاد أنه لا بد فيه من معرفة عادات الناس فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله، ولحدوث ضرورة أو فساد أهل الزمان بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولاً، للزم منه المشقة والضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ورفع الضرر والفساد لبقاء العالم على أتم نظام وأحسن أحكام.

فالأحكام الشرعية الاجتهادية تنظم ما أوجبه الشرع الذي يهدف إلى إقامة العدل وجلب المصالح ودرء المفاسد، فهي ذات ارتباط وثيق بالأوضاع والوسائل الزمنية، فكم من حكم كان تدبيراً نافعاً لبيئة في زمن معين، فأصبح بعد جيل أو أجيال لا يوصل إلى المقصود منه، أو يفضي إلى عكسه، وعلى هذا أفتى كثير من الفقهاء في شتى المذاهب الفقهية في كثير من المسائل بعكس ما أفتى به أئمة مذاهبهم الأولون، ومن ذلك قول الإمامين –أبي يوسف ومحمد- بعدم الاكتفاء بظاهر العدالة في الشهادة مع مخالفته لما نص عليه الإمام أبو حنيفة بناء على ما كان في زمنه من غلبة العدالة[4].

تجدر الاشارة إلى شيء مهم وهو بيان النوع الذي يبحث فيه عند الأصوليين إذا كان ما تعارف عليه الناس وهو بعينه حكم شرعي، يُعدُّ حكمه ثابتاً لا يتغير ولا يتبدل باختلاف الأزمان والأمصار، ولا خلاف بين الفقهاء في وجوب العمل به، أو ان يكون ما يتعارف الناس عليه يناقض أمراً شرعياً أو اهمالاً لواجب فلا يؤخذ به ولا يجوز اعتباره بإجماع الفقهاء، بل هو فساد عام يجب التعاون على القضاء عليه، وإما أن يكون العرف هو ما تعارف عليه الناس غير هذين النوعين السابقين، ويجري بينهم من وسائل التعبير وأساليب الخطاب والكلام، وما يتواضعون عليه ويعتادونه من شؤون المعاملات، مما ليس في نفيه ولا إثباته دليل شرعي، وهذا الذي جرى التركيز عليه من قبل الأصوليين، باعتباره دليلاً يؤخذ به في الأحكام.

---

[1]) الموافقات، ٥٢٠/٢.

[2]) ينظر: القواعد والضوابط الفقهية، د. أحمد الندوي، ١٩٨/١.

[3]) ينظر: شرح القواعد الفقهية، أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، ص ٢٣٧.

[4]) ينظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: ٩٧٠هـ)، دار الكتاب الإسلامي - الطبعة: الثانية،٦٣/٧.

المبحث الثاني: أثر العرف في استنباط المعاملات المصرفية المعاصرة

لقد أوضحنا فيما سبق بشأن العرف وما يتفرع منه من أنواع وضوابط وآراء الأصوليين حتى وصلنا إلى راي سائغ عند الجميع وفق ما وجدناه في كتب أصول الفقه، وبيان تطبيقاته المصرفية المعاصرة، من خلال مطلبين.

أحدهما أثر العرف في عقد الاستصناع، وأما الآخر أثر العرف في عقد التوريد، وربطها بأصل من أصول الفقه وهو دليل العرف من الناحية الموضوعية، على صعيد المنهج العلمي، فعملية الاستنباط والاجتهاد تتطلب استحضار المجتهد للقاعدة الأصولية، حتى يكون الحكم الشرعي موافقاً لإرادة الشارع محققاً لغايته، ويعدُّ لونا جديدا في التصنيف الاقتصادي، ويعدو أمراً مستساغا ومقبولا، إن لم يكن ضرورياً في بعض الاحيان[١].

وتضمن هذا المبحث مطلبين، على ان نلقي الضوء أولا على مفهوم تطبيق معيار العرف في عقد الاستصناع لدى البنوك، التي تحتاج إلى نظر واستفراغ جهد في الاجتهاد للوصول إلى العلة التي ارتبط بها الحكم المستفاد عن مناط الحكم، وأما المطلب الثاني فقد تمحور على تقويم المسيرة النظرية لعقد التوريد ومدى مشروعيته اسلامياً، التي تحتاج إلى نظر واستفراغ جهد في الاجتهاد للوصول إلى العلة التي ارتبط بها الحكم المستفاد عن مناط الحكم وكيفية التعامل بها عن طريق المؤسسات الحكومية، مع ذكر مفهومهما من حيث التعريف والصور وطرق إبرامهما والتقسيم والتباين فيما بينها والحكم الشرعي وأثر العرف فيهما.

المطلب الأول: أثر العرف في عقد الاستصناع

يظهر مما سبق ذكره، أن مراعاة العوائد والأعراف المتعلقة بالمعاملات المالية المعاصرة أمر مهم وطلب ضروري لابد منه وفق النظر والاجتهاد الأصولي لكل مجتهد ومفتٍ، ولعل مراعاة ذلك في عصرنا الحاضر آكد لتشعب الناس في البلاد الواسعة المختلفة الظروف والعوائد من خلال ما نراه من التكنلوجية المتطورة وتيسير وسائل الأتصال الحديثة، فينبغي للعالم أن لا يطلق الفتوى عند سماعه من المستفتي حتى يعرف أعراف السائلين وما يليق بهم من أحكام الشرع، بسبب ظروف السائل وعوائده، وهذا الضابط مهم في تبليغ الحكم المتعلق بالنازلة فلا يكفي الإخبار وحده بحكم الواقعة، بل لابد أن يكون ذلك الإخبار واضحاً بيناً لا غموض فيه ولا إبهام فيه، وألا يفضي إلى الاضطراب والاختلاف في معرفة المعنى المقصود بالفتوى.
وقد سلط هذا المطلب الضوء على عقد الاستصناع الذي يُعدُّ من أهم طرق الاستثمار، من حيث مفهومه وبيان طبيعة عقد الاستصناع وأهميته، وشروطه وآثاره في عقود المعاوضات المالية المعاصرة، وخصائصه المقترنة بالعقد، ليمكن من خلاله الوصول إلى حكمه الشرعي، وللتعرف على تطبيقاته وفق مجال القول بالعرف.

---

[١]) ينظر: نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، د. وهبة الزحيلي، ص ٢٣٥.

الفرع الأول: تعريف الاستصناع

التعريف اللغوي للاستصناع:

الاستصناع: على وزن استفعال من صنع فالألف والسين والتاء للطلب، يقال استغفار لطلب المغفرة، والصنع بالضم مصدر قولك صنع إليه معروفاً، وصنع به صنيعاً قبيحاً أي فعل، والصناعة بكسر الصاد حرفة الصانع واصطنعه بمعنى اتخذه، واستصنع الشيء دعا إلى صنعه، فالاستصناع في اللغة طلب الفعل[1].

جاء عن أبن المنظور تحت مادة صنع: "صنع: صَنَعَه يَصْنَعُه صُنْعاً، فَهُوَ مَصْنوعٌ وصُنْعٌ: عَمِلَه.. قَوْلُهُ اصطَنِعوا أَي اتَّخِذوا صَنِيعاً يَعْنِي طَعاماً تُنْفِقُونه فِي سَبِيلِ اللَّهِ. وَيُقَالُ: اصطَنَعَ فلان خَاتَمًا إِذا سأَل رَجُلًا أَن يَصْنَع له خاتماً"[2]، فاستصنع فلاناً كذا أي طلب منه أن يصنعه له. فإذا قال رجل لواحد من أهل الصنائع: اصنع لي الشيء الفلاني بكذا من الثمن وقبل الصانع ذلك انعقد البيع استصناعاً.

التعريف الاصطلاحي للاستصناع:

عرف الاستصناع بتعريفات كثيرة، مع اختلافهم لوجهته في تكييف حقيقة الاستصناع، فمن يرى بأنه وعد محض لا تعريف له عندهم يخرج به عن مفهوم الوعد بوجه عام، والآخر يرى بكون الشيء الموعود به عملاً ما أو عقداً من العقود، فإذا كان الأمر الموعود به عقداً ما فلابد لوجوده وانعقاده من أن ينشأ فيما بعد بالتراضي بصورة صحيحة، أي مستوفياً ركنه وسائر شرائط انعقاده، وسنورد بعض التعريفات ومعناه العام.

ذهب الحنفية إلى صحة هذا العقد، وعمدتهم في ذلك العرف، ولذلك قصروا الجواز على ما جرى به التعامل، ومضى العرف باستصناعه، واعتبروا القول به نوعاً من الاستحسان العرفي الثابت بالإجماع العملي[3].

١) قال الإمام علاء الدين السمرقندي[4]: " تَفْسِير الاستصناع هُوَ عقد على مَبِيع فِي الذِّمَّة وَشرط عمله على الصَّانِع، وَالْقِيَاس أَن لَا يجوز وَفِي الِاسْتِحْسَان جَائِز لتعامل النَّاس فَلَا جرم اخْتصَّ جَوَازه بِمَا فِيهِ تعامل كَمَا فِي الْخُف والقلنسوة والأواني وَنَحْوهَا بعد بَيَان الْقدر وَالصّفة وَالنَّوْع"[5].

٢) عرفه أبن عابدين بقوله: "فَهُوَ طَلَبُ الْعَمَلِ مِنْهُ فِي شَيْءٍ خَاصٍّ عَلَى وَجْهٍ مَخْصُوصٍ يُعْلَمُ مِمَّا يَأْتِي"[6]، عرفته مجلة الأحكام العدلية: "الِاسْتِصْنَاعُ عَقْدُ مُقَاوِلَةٍ مَعَ أهل الصَّنْعَةِ عَلَى

---

[1]) ينظر: معجم لغة الفقهاء، محمد رواس قلعجي وحامد صادق قنيبي، ص ٦٢.

[2]) ينظر: لسان العرب، ٢٠٨/٨- ٢٠٩.

[3]) ينظر: البناية شرح الهداية، ٢٩٨/٨.

[4]) هو محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي: فقيه، من كبار الحنفية، أقام في حلب، واشتهر بكتابه " تحفة الفقهاء - ط " وله كتب أخرى، منها " الأصول "، ينظر: الأعلام، ٣١٧/٥.

[5]) تحفة الفقهاء، محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي (المتوفى: نحو ٥٤٠هـ) - الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان - الطبعة: الثانية، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤م، ٣٦٣/٢.

[6]) حاشية ابن عابدين، ٢٢٣/٥.

أَنْ يَعْمَلُوا شَيْئًا فَالْعَامِلُ صَانِعٌ وَالْمُشْتَرِي مُسْتَصْنِعٌ وَالشَّيْءُ مَصْنُوعٌ"[1]. هذا هو رأي الحنفية في هذا العقد.

فالذين يرون الاستصناع عقداً، اختلفت عبارات العلماء في شأنه عن هذا النوع من البيع، قال بعضهم هو عقد على مبيع في الذمة، وقال بعضهم هو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه عمل، وهو الرأي الراجح عند الحنفية، وأما غيرهم من المذاهب الفقهية فهو يصح عندهم من باب السلم لا البيع، فيشترط فيه ما يشترط في السلم، ويفسده ما يفسده، إلا أن الرجوع إلى كتبهم تجد كثيراً من آراء الفقهاء من غير المذهب الحنفي يوافقون الحنفية في هذا على وجه الإجمال، فالمشهور عندهم أن عقد الاستصناع لا يُعدُّ عقداً مستقلاً، فهم لا يقولون بصحة هذا العقد بكونه بيعاً، بل رأوا أنه قسم من أقسام السلم، فيؤخذ تعريفه وأحكامه منه[2].

الفرع الثاني: أدلة مشروعية عقد الاستصناع في المذاهب الفقهية

بعد اطلاعي في كتب الفقه من مختلف المذاهب، يتبين لي أن عقد الاستصناع متفق عليه من قبل الفقهاء بمشروعية عقد الاستصناع، إلا أنهم أختلف بضوابطه وشروطه، وبعضهم لم يذكر في باب مستقل بل جعلوه ضمن باب السلم، ويرجع في تحديد جوازه بالعرف، وسنذكر أهم التطبيقات الفقهية التي وردت في كتبهم.

❖ **الاستصناع عند الحنفية:**

يقول الإمام المرغيناني: " ولا بأس بالسلم في طست أو قمقمة أو خفين أو نحو ذلك إذا كان يعرف" لاستجماع شرائط السلم.. وإن استصنع شيئا من ذلك بغير أجل جاز استحسانا" للإجماع الثابت بالتعامل" وضح الإمام البابرتي بشرحه على نص الهداية بقوله: "وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ الإجماع الثَّابِتُ بِالتَّعَامُلِ، فَإِنَّ النَّاسَ فِي سَائِرِ الْأَعْصَارِ تَعَارَفُوا الِاسْتِصْنَاعَ فِيمَا فِيهِ تَعَامُلٌ مِنْ غَيْرِ نَكِيرٍ، وَالْقِيَاسُ يُتْرَكُ بِمِثْلِهِ كَدُخُولِ الْحَمَّامِ"[3].

وقصروا الجواز على ما تعارف الناس استصناعه لأنه معدول به عن القياس الذي يقضي عدم جوازه، لأنه بيع معدوم وهو منهيٌ عنه، وهذا ليس بسلم لكونه لم يضرب له أجل، فما المبرر لجوازه؟ هو الرجوع إلى ما يشترطه العرف المجوز للاستصناع عرفاً عاماً، واختلف فقهاء الحنفية فيما إذا ضرب الأجل في هذا العقد، فهل يرجع إلى الأصل بأن يعدُّ سلماً وهو ما قال به الإمام أبو حنيفة، لأنه إذا ذكر الأجل فيه يستجمع جميع معاني السلم، والعبرة للمعنى لا للفظ، وخالفه في ذلك الصاحبان[4].

❖ **الاستصناع عند المالكية:**

بالنظر إلى ما ذكره المالكية، نجد أنهم يذكرون للاستصناع أربعة أنواع، نذكرها هنا لأهميتها، كما ذكره ابن رشد الجد بقوله:

"(أحدها) أن لا يشترط المسلم المستعمل - عمل من استعمله، ولا يعين ما يعمل منه" فهذا النوع سلم فلا يجوز إلا بوصف العمل وضرب الأجل وتقديم رأس المال كما في حكم السلم.

---

[1]) مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، نجيب هواويني، نور محمد، آرام باغ، كراتشي، ص ٣١.
[2]) حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ٦٩٢/٣، الأم، ٩٧/٣، المغني، ٢٠٩/٤.
[3]) ينظر: العناية شرح الهداية، ١١٤/٧.
[4]) ينظر: البناية شرح الهداية، ٣٧٤/٨.

"(والثاني) أن يشترط عمله ويعين ما يعمل منه[1]"، فهذا النوع من باب البيع، والإجارة في الشيء المبيع، فإن كان يعرف وجه خروج ذلك الشيء من العمل، أو عمل غيره من الشيء المعين منه العمل فيجوز على أن يشرع في العمل، فإن شرع في العمل جاز ذلك بشرط تعجيل النقد وتأخيره، وأن لم يشرع في العمل لم يجز تعجيل النقد، يقول الإمام الدسوقي: "وَيَصِحُّ أَنْ يَكُونَ مِنْ بَابِ السَّلَمِ بِنَاءً عَلَى مَذْهَبِ أَشْهَبَ الْمُجَوِّزِ فِي السَّلَمِ تَعْيِينَ الْمَصْنُوعِ مِنْهُ وَالصَّانِعِ وَهُنَا عُيِّنَ الْمَصْنُوعُ مِنْهُ وَهَذِهِ يَمْنَعُهَا ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَنْتَ إذَا أَمْعَنْتَ النَّظَرَ وَجَدْتَهَا لَهَا شَبَهٌ بِالسَّلَمِ نَظَرًا لِلْمَعْدُومِ فِي حَالِ الْعَقْدِ وَلَهَا شَبَهٌ بِالْبَيْعِ نَظَرًا لِلْمَوْجُودِ وَلَيْسَتْ مِنْ اجْتِمَاعِ الْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ وَلَكِنَّ أَقْرَبَ مَا يَتَمَشَّى عَلَيْهِ كَلَامُ الْمُصَنِّفِ قَوْلُ أَشْهَبَ الَّذِي يُجِيزُ تَعْيِينُ الْمَعْمُولِ مِنْهُ"[2].

"(والثالث) أن لا يشترط عمله ويعين ما يعمل منه، (والرابع) أن يشترط عمله ولا يعين ما يعمل منه" فالنوع الثالث يلتحق بالنوع الثاني وهو أن لا يشرط عمله بعينه ويعين ما يعمل منه، فهو أيضا من باب البيع والإجارة في المبيع، إلا أنه يجوز على تعجيل العمل وتأخيره إلى نحو ثلاثة أيام بتعجيل النقد وتأخيره، وأما النوع الرابع فلا يجوز على حالٍ، لأنه يجتذبه أصلان متناقضان: لزوم النقد لكون ما يعمل منه مضمونا، وامتناعه لاشتراط عمل المستعمل بعينه[3]، فالاستصناع عند المالكية يشترط في ذلك ما يشترط في السلم عندهم، ثم إن المالكية فرقوا بين مصنوع يمكن إعادته إلى مادته الخام ليصنع منها آخر، ومصنوع ليس كذلك، وهذا يدل على أن الأساس هنا في الجواز وعدمه هو مدى صلاحية كون المادة الخام لأن يصنع منها المطلوب، ولأن تعاد مرة أخرى ليصنع منها المطلوب مرة أخرى، أو وجود كمية إضافية ليصنع منها آخر حسب الوصف المطلوب، ومن هنا فالمصنوعات الحديثة التي تقوم بصنعها المكائن حسب قوالب محددة غير مختلفة فلا إشكال في جوازها إذا أمكن ضبطها، ويرجع في تحديدها إلى العرف[4].

❖ **الاستصناع عند الشافعية:**

لا نجد عند الشافعية باباً خاصاً بالاستصناع، غير أنهم يذكرونه في باب السلم، فإنه يصح عندهم في كل ما ينضبط المقصود منه بالوصف، سواء أكان حالاً أم مؤجلاً، وبهذا فَهُم يوافقون الحنفية على وجه الإجمال لأن المصنوعات الحديثة مضبوطة بصنعها لا تختلف حسب أشكال محددة وفق رغبة الزبون، ولكنهم أختلفوا في بعض الشروط، فالشافعية يشترطون فيه تسليم رأس المال في المجلس لأنه سلمٌ، قال الإمام الشافعي مبيناً ما يجوز من ذلك وما لا يجوز: "وَلَا بَأْسَ أَنْ يُسَلِّفَهُ فِي طَسْتٍ أو تَوْرٍ مِنْ نُحَاسٍ أَحْمَرَ أو أَبْيَضَ أو شَبَهٍ أو رَصَاصٍ أو حَدِيدٍ وَيَشْتَرِطُهُ بِسَعَةٍ مَعْرُوفَةٍ وَمَضْرُوبًا أو مُفَرَّغًا وَبِصَنْعَةٍ مَعْرُوفَةٍ وَيَصِفُهُ بِالثَّخَانَةِ أو الرِّقَّةِ وَيَضْرِبُ لَهُ أَجَلًا كَهُوَ فِي الثِّيَابِ، وَإِذَا جَاءَ بِهِ عَلَى مَا يَقَعُ عَلَيْهِ اسْمُ الصِّفَةِ وَالشَّرْطِ لَزِمَهُ وَلَمْ يَكُنْ لَهُ رَدُّهُ، وكذلك كل إنَاءٍ مِنْ جِنْسٍ واحد ضُبِطَتْ صِفَتُهُ فَهُوَ كَالطَّسْتِ وَالْقُمْقُمِ قال: وَلَوْ كَانَ يَضْبِطُ أَنْ يَكُونَ مَعَ شَرْطِ السَّعَةِ وَزْنٌ كَانَ أَصَحَّ، وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ وَزْنًا صَحَّ إذَا اشْتَرَطَ سَعَةً كَمَا يَصِحُّ أَنْ يَبْتَاعَ ثَوْبًا بِصَنْعَةٍ وَشَيْءٍ وَغَيْرِهِ بِصِفَةٍ وَسَعَةٍ، وَلَا يَجُوزُ فِيهِ إلَّا أَنْ يَدْفَعَ ثَمَنَهُ وَهَذَا شِرَاءُ صِفَةٍ مَضْمُونَةٍ فَلَا يَجُوزُ فِيهَا إلَّا أَنْ يَدْفَعَ ثَمَنَهَا وَتَكُونَ عَلَى مَا وَصَفْت.. وَلَا بَأْسَ أَنْ يَبْتَاعَ مِنْهُ صِحَافًا أو قِدَاحًا مِنْ نَحْوٍ مَعْرُوفٍ وَبِصِفَةٍ مَعْرُوفَةٍ وَقَدْرٍ مَعْرُوفٍ مِنْ الْكِبَرِ وَالصِّغَرِ وَالْعُمْقِ وَالضِّيقِ وَيَشْتَرِطَ أَيَّ

---

[1]) ينظر: المقدمات الممهدات، ٣٢/٢.

[2]) ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الدسوقي المالكي، ٢١٦/٣.

[3]) ينظر: المقدمات الممهدات، ٣٢/٢.

[4]) ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٢١٦/٣، حقيبة طالب العلم الاقتصادية، ١٠٩/٦.

عَمَلٍ، وَلَا بَأْسَ إنْ كَانَتْ مِنْ قَوَارِيرَ وَيَشْتَرِطَ جِنْسَ قَوَارِيرِهَا وَرِقَّتَهُ وَثَخَانَتَهُ وَلَوْ كَانَتْ الْقَوَارِيرُ بِوَزْنٍ مَعَ الصِّفَةِ كَانَ أَحَبَّ إلَيَّ وَأَصَحَّ لِلسَّلَفِ وَكَذَلِكَ كُلُّ مَا عَمِلَ.. وَلَا بَأْسَ أَنْ يَبْتَاعَ آجُرًّا بِطُولٍ وَعَرْضٍ وَثَخَانَةٍ وَيَشْتَرِطُ مِنْ طِينٍ مَعْرُوفٍ وَثَخَانَةٍ مَعْرُوفَةٍ وَلَوْ شَرَطَ مَوْزُونًا كَانَ أَحَبَّ إلَيَّ، وَإِنْ تَرَكَهُ فَلَا بَأْسَ إنْ شَاءَ اللَّهُ تعالى وَذَلِكَ أَنَّهُ إنَّمَا هُوَ بَيْعُ صِفَةٍ وَلَيْسَ يُخْلَطُ بِالطِّينِ غَيْرُهُ مِمَّا يَكُونُ الطِّينُ غَيْرَ مَعْرُوفِ الْقَدْرِ مِنْهُ إنَّمَا هُوَ يَخْلِطُهُ الْمَاءَ وَالْمَاءُ مُسْتَهْلَكٌ فِيهِ وَالنَّارُ شَيْءٌ لَيْسَ مِنْهُ، وَلَا قَائِمٌ فِيهِ إنَّمَا لَهَا فِيهِ أَثَرُ صَلَاحٍ وَإِنَّمَا بَاعَهُ بِصِفَةٍ"[1].

فمن تتبع كلام السادة الشافعية سيجد أنهم يركزون على مسألة انضباط المقصود، فكل مال يجوز بيعه وتضبط صفاته جاز في السلم، بخلاف ما لا ينضبط، إلا أنهم أجازوا فيما ينضبط من خلال الاكتفاء بالظن إذا علم العاقدان بوزن كل أجزائه على المعتمد في المختلط المقصود الذي لا ينضبط يقيناً فيعمل بالظن الغالب التي تبنى على العرف، قال الإمام السبكي ومن تبعه: "فِي خُفٍّ أو نَعْلٍ مُفْرَدٍ إنْ كَانَ جَدِيدًا مِنْ غَيْرِ جِلْدِ ثَوْبٍ مِخْيَطٍ جَدِيدٍ لَا مَلْبُوسٍ (وَتِرْيَاقٍ) بِفَوْقِيَّةٍ أو دَالٍ أو طَاءٍ مُهْمَلَةٍ وَيَجُوزُ كَسْرُ أولِهِ وَضَمُّهُ (مَخْلُوطٍ) بِخِلَافِ النَّبَاتِ أو الْحَجَرِ (وَالْأَصَحُّ صِحَّتُهُ فِي الْمُخْتَلِطِ) بِالصَّنْعَةِ (الْمُنْضَبِطِ) عِنْدَ أهل تِلْكَ الصَّنْعَةِ الْمَقْصُودِ الْأَرْكَانِ كَمَا بأصلهِ (كَعَتَّابِيٍّ) مِنْ قُطْنٍ وَحَرِيرٍ (وَخَزٍّ) مِنْ إبْرَيْسَمٍ وَوَبَرٍ وَصُوفٍ بِشَرْطِ عِلْمِ الْعَاقِدَيْنِ بِوَزْنِ كُلٍّ مِنْ أَجْزَائِهِ عَلَى الْمُعْتَمَدِ وَعَلَيْهِ يَظْهَرُ الِاكْتِفَاءُ بِالظَّنِّ"[2].

❖ الاستصناع عند الحنابلة:

كذلك الأمر عند الحنابلة يصح عندهم حالا وإلى أجل، ويجوز عندهم كالحنفية ينعقد بلفظ البيع والسلم، وإليك من كلامهم ما يدل على هذا، قال الإمام ابن قدامه: "السَّلَمُ وَهُوَ أَنْ يُسْلِمَ عِوَضًا حَاضِرًا، فِي عِوَضٍ مَوْصُوفٍ فِي الذِّمَّةِ إلى أَجَلٍ، وَيُسَمَّى سَلَمًا، وَسَلَفًا. يُقَالُ: أَسْلَمَ، وَأَسْلَفَ، وَسَلَّفَ. وَهُوَ نَوْعٌ مِنْ الْبَيْعِ، يَنْعَقِدُ بِمَا يَنْعَقِدُ بِهِ الْبَيْعُ، وَبِلَفْظِ السَّلَمِ وَالسَّلَفِ، وَيُعْتَبَرُ فِيهِ مِنْ الشُّرُوطِ مَا يُعْتَبَرُ فِي الْبَيْعِ.. وَلَنَا، أَنَّهُ مِمَّا يَصِحُّ بَيْعُهُ، وَيُمْكِنُ ضَبْطُهُ بِالصِّفَاتِ الَّتِي لَا يَتفاوت الثَّمَنُ مَعَهَا غَالِبًا، فَصَحَّ السَّلَمُ فِيهِ، كَالْخَشَبِ وَالْقَصَبِ، وَمَا فِيهِ مِنْ غَيْرِهِ مُتَمَيِّزٌ، يُمْكِنُ ضَبْطُهُ وَالْإِحَاطَةُ بِهِ، وَلَا يَتفاوت كَثِيرًا، فَلَا يُمْنَعُ، كَالثِّيَابِ الْمَنْسُوجَةِ مِنْ جِنْسَيْنِ، وَقَدْ يَكُونُ الرِّيشُ طَاهِرًا، وَإِنْ كَانَ نَجِسًا لَكِنْ يَصِحُّ بَيْعُهُ، فَلَمْ يُمْنَعْ السَّلَمُ فِيهِ"[3]، مع هذا النص الذي يبين عملية العقد، نرى الحنابلة كالمالكية والشافعية يتحدثون عما يتصل بالاستصناع تحت باب السلم، فنجد الفقهاء يقولون بجواز الاستصناع، وذلك إذا كان العرف عاماً وفق جري تعامل الناس به من أقدم العصور على جواز الاستصناع، فكان ذلك التعامل مخصصاً فيما ورد النهي في شأنه، "(وَ) يَصِحُّ–السلم- (فِيمَا يُجْمَعُ أَخْلَاطًا مُتَمَيِّزَةً؛ كَثَوْبٍ نُسِجَ مِنْ نَوْعَيْنِ) كَقُطْنٍ وَكَتَّانٍ، أو إبْرَيْسَم وَقُطْنٍ، (وَكَنُشَّابٍ وَنَبْلٍ مُرَيَّشَيْنِ، وَخِفَافٍ وَرِمَاحٍ متوزة) ؛ أَيْ: مَصْنُوعَةٍ؛ لِإِمْكَانِ ضَبْطِهَا بِصِفَةٍ لَا يَخْتَلِفُ ثَمَنُهَا مَعَهَا غَالِبًا. (وَيَتَّجِهُ بِاحْتِمَالٍ) قَوِيٍّ أَنَّهُ (لَا) يَصِحُّ السَّلَمُ فِي (ثِيَابٍ مَخِيطَةٍ) ؛ لِاختلافهَا كِبَرًا وَصِغَرًا وَطُولًا وَعَرْضًا، وَالتَّفْصِيلُ وَالْخِيَاطَةُ تَخْتَلِفُ اختلافا كُلِّيًّا. (وَلَا) فِي ثِيَابٍ

---

[1]) الام، ٣/١٣٣- ١٣٤.

[2]) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، ١٣٥٧ هـ - ١٩٨٣م، ٥/٢٠.

[3]) المغني، ٤/٢٠٧- ٢٠٩.

(مَنْقُوشَةٍ) بِالطِّبَاعَةِ أو التَّطْرِيزِ أو الْحِيَاكَةِ؛ لِعَدَمِ انْضِبَاطِ عُرُوقِهَا كَثْرَةً وَقِلَّةً، وَصِنَاعَاتُهَا تَخْتَلِفُ اختلافا لَا مَزِيدَ عَلَيْهِ"[1].

الخلاصة: نرى أن المذاهب الثلاثة الأخيرة لم تجعل الاستصناع عقداً مستقلاً، وإنما جعلوه ضمن السلم، وأجازوه بشروط السلم، بينما الحنفية نظروا إلى ما فيه تعامل فأجازوه وعمدتهم في ذلك العرف، للنظر إلى تعامل الناس في الصناعات في مختلف العصور والأمصار.

الفرع الثالث: الحكم الشرعي لعقد الاستصناع وشروطه

١) يرى بعض العلماء على جواز عقد الاستصناع من قول الله تعالى: ﴿ قَالُواْ يَٰذَا ٱلْقَرْنَيْنِ إِنَّ يَأْجُوجَ وَمَأْجُوجَ مُفْسِدُونَ فِي ٱلْأَرْضِ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَىٰٓ أَن تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا ﴾[2]، خرجاً أي أجراً عظيماً، فهذا إرشاد قراني يعلم منه صحة الاستصناع شرعاً، ودليلاً على مشروعيته، ومن هنا نعلم أن كل فعل أو امر أو نهي صدر عن أحد وذكر في القران فهو حق إلا إذا نبه كتاب الله على بطلانه، فلا يناسبه أن يذكر عن أحد من الناس ما هو باطل منكر ثم يسكت عن التنبيه على بطلانه، فإن ذلك يفهم منه رضاه به[3].

وفي هذه القصة ذكر الله سبحانه وتعالى أنهم طلبوا من ذي القرنين أن يصنع لهم السد مقابل مال يعطونه إياه، وظاهر النص أنهم كانوا يريدون منه أن يعمله بموادٍ من عنده لأنهم لم يكونوا يعرفون مِما يصنع، لأنهم ﴿ قَوْمًا لَّا يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ قَوْلًا ﴾[4]، ولم يعترض هو على اقتراحهم، وطلب منهم أن يقدموا ما لديهم من إمكانيات كقطع حديدية ونحاس وأيدٍ عاملة، ويقدم الخبرة التكنولوجية والعمل الفني، وفي الواقعة إشارات عظيمة في تصنيع الدول المتقدمة للدول المتخلفة بطريق المعونة، وهو أقرب إلى الذلة إن بقينا على حالنا، لأن القران العظيم لم يرفض الطريقة التي اقترحوها على ذي القرنين ولا أنكرها، فإنها تكون مشروعةً في ديننا بناء على الأصل في المعاملات الجواز، ولم يرد في شرعنا بإبطاله[5].

٢) "عَنْ أَبِي حَازِمٍ، قَالَ: أَتَى رِجَالٌ إلى سَهْلِ بْنِ سَعْدٍ يَسْأَلُونَهُ عَنِ المِنْبَرِ، فَقَالَ: بَعَثَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَى فلانه، امرأة قَدْ سَمَّاهَا سَهْلٌ: ((أَنْ مُرِي غُلاَمَكِ النَّجَّارَ، يَعْمَلُ لِي أَعْوَادًا، أَجْلِسُ عَلَيْهِنَّ إِذَا كَلَّمْتُ النَّاسَ))، فَأمرتْهُ يَعْمَلُهَا مِنْ طَرْفَاءِ الغَابَةِ، ثُمَّ جَاءَ بِهَا، فَأَرْسَلَتْ إلى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِهَا، فَأمر بِهَا فَوُضِعَتْ، فَجَلَسَ عَلَيْهِ"[6]، فيه دلالة بالاستعانة بأهل الصناعات والمقدرة في كل شيء يشمل المسلمين نفعه، وأن المبادر إلى ذلك مشكور له فعله، سواء كان تبرعاً أو على أساس الإجارة.

---

[1]) ينظر: مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيبانى مولدا ثم الدمشقي الحنبلي (المتوفى: ١٢٤٣هـ) - المكتب الإسلامي - الطبعة: الثانية، ١٤١٥هـ،٢١٠/٣.

[2]) سورة الكهف:الآية٩٤.

[3]) ينظر: مفاتيح الغيب، الرازي، ٤٩٩/٢١.

[4]) سورة الكهف: من الآية٩٣.

[5]) ينظر: تفسير الجيلاني، سيدي محيي الدين عبد القادر الجيلاني (٥٦١ه)، تحقيق وتخريج وتعليق، أحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية/ بيروت، الطبعة الثانية، ٢٠١٤، ٩٨/٣.

[6]) صحيح البخاري، باب النجار، رقم الحديث ٢٠٩٤، ٦١/٣.

٣) "عَنْ نَافِعٍ، أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ، حَدَّثَهُ: أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اصْطَنَعَ خَاتَمًا مِنْ ذَهَبٍ"[١]، أي أُمرَ أن يصنع له، فيدل الحديث بوضوح حاجة الناس إلى الاستصناع، لأن كلَّ واحد من الناس بحاجة إلى ما في يد الآخر من سلع وصناعة، وجاء الشرع بمراعاة حاجات الناس بل هي من مقاصده، لما في ذلك من التيسير عليهم والرفق بهم، كما في عقد السلم والعرايا وغير ذلك، والاستصناع من قبيل العرف العام والعمل به من باب تخصيص العام بالعرف، فيستثنى عند ورود النهي، فصار العمل به عرفاً قائماً مما يحتاج إليه الناس، والمقصود من هذا السرد إيجاد ما جاء في صنائع المعروف مما شاع استعمالها في النصوص القطعية التي تشمل الحرفة وغيرها من أي عمل كان، وفي إيجاد الشيء من العدم ونحو ذلك[٢].

٤) الاستحسان بالعرف: قال الإمام الكاساني في جواز الاستصناع: "فَالْقِيَاسُ: أَنْ لَا يَجُوزَ؛ لأنه بَيْعُ مَا لَيْسَ عِنْدَ الإنسان، لَا عَلَى وَجْهِ السَّلَمِ، وَقَدْ نَهَى رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - عَنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَ الإنسان، وَرَخَّصَ فِي السَّلَمِ، وَيَجُوزُ اسْتِحْسَانًا؛ لِإِجْمَاعِ النَّاسِ عَلَى ذَلِكَ؛ لأنهمْ يَعْمَلُونَ ذَلِكَ فِي سَائِرِ الْأَعْصَارِ مِنْ غَيْرِ نُكْرٍ... وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ تَدْعُو إليه؛ لِأَنَّ الإنسان قَدْ يَحْتَاجُ إلى خُفٍّ، أو نَعْلٍ مِنْ جِنْسٍ مَخْصُوصٍ، وَنَوْعٍ مَخْصُوصٍ، عَلَى قَدْرٍ مَخْصُوصٍ وَصِفَةٍ مَخْصُوصَةٍ، وَقَلَّمَا يَتَّفِقُ وُجُودُهُ مَصْنُوعًا؛ فَيَحْتَاجُ إلى أَنْ يَسْتَصْنِعَ، فَلَوْ لَمْ يَجُزْ؛ لَوَقَعَ النَّاسُ فِي الْحَرَجِ"[٣].

الخلاصة:

أن الاستصناع هو نوع خاص من أنواع البيوع، كما أن الإجارة نوع خاص ببيع المنفعة، وكما أن السلم نوع خاص هو بيع شيء موصوف في الذمة بثمن معجل، وكما أن الصرف نوع خاص هو بيع نقد بنقد، فكذلك الاستصناع نوع خاص هو بيع العين مع العمل الصناعي فيها، ولكل نوع من هذه الأنواع الخاصة أحكامه الخاصة التي يتميز بها، فينبغي أفراده بباب خاص لبيان الأحكام التي يختص بها، فقد وضح مما سبق أن الشك عن مشروعية الاستصناع من حيث الجواز الشرعي وعدمه ليس له دليل شرعي خاص ولا سند قوي يدعمه سوى التطبيق لنص عام، وعمدتهم في ذلك أن العرف الجاري في هذا يقوم مقام الإجماع العملي[٤].

شروط الاستصناع: وجدنا أن المذاهب الثلاثة عدا الحنفية تشترط للاستصناع شروط السلم غالباً، مما يعمل الناس في أسواقهم من آنيتهم أو أمتعتهم التي يستعملون في أسواقهم عند الصناع، وسبق بيان ذلك من قبل، ولكن الحنفية هم الذين جعلوه عقداً مستقلاً من العقود المسماة، ووضعوا شروطاً لجوازه عندهم، يعتبر شروط صحة عقد الاستصناع بالإضافة إلى شروط البيع كما يأتي:

الشرط الأول: أن يذكر في العقد أوصاف الشيء المراد صنعه على شكل يؤدي إلى بيانه وتكوين العلم به، يقول الإمام الكاساني: "جواز الاستصناع - وَأَمَّا شَرَائِطُ جَوَازِهِ (فَمِنْهَا) : بَيَانُ جِنْسِ الْمَصْنُوعِ، وَنَوْعِهِ وَقَدْرِهِ وَصِفَتِهِ؛ لأنه لَا يَصِيرُ مَعْلُومًا بِدُونِهِ"[٥]، تحديد مواصفات الشيء

---

[١]) صحيح البخاري، باب جعل فص الخاتم في بطن كفه، رقم الحديث ٥٨٧٦، ١٥٧/٧.

[٢]) ينظر: حقيبة طالب العلم الاقتصادية، ١٠٥/٦.

[٣]) بدائع الصنائع، ٣/٥.

[٤]) ينظر: أثر الادلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، د. مصطفى ديب البُغا، ٣٠٨/٢ وما بعدها.

[٥]) بدائع الصنائع، ٣/٥.

المطلوب صناعته تحديداً وافياً يمنع التنازع عند التسليم، بل الحاجة إلى تحديد الأوصاف المرغوبة في الاستصناع، لأنه بفقدها يؤدي ربما إلى وقع الصانع في خسائر قد تكون فادحة[1].

الشرط الثاني: أن يكون الشيء المستصنع قد جرى العرف على التعامل في مثله استصناعاً، لأن وجه استثناء الاستصناع من بيع المعدوم هو التعارف، فما لم يتعارف على استصناعه على أصل المنع، لأن التعامل دليل الحاجة، ويمكن أن يقال يجوز الاستصناع فيما يحتاج إليه وفق قيد الحاجة، كما لو طلب أحد تجار الألمنيوم من شركة الألمنيوم صناعة كمية منه بمواصفات خاصة فلا بأس به ضمن مواصفات خاصة مضبوطة وإن لم يجر التعامل في مثله وفق الحاجة، وهو الذي يحدد ما يدخله في الاستصناع، لأن التطور والتقدم التكنلوجي جعل الصناعة التقنية الهائلة الذي يشهده العالم في العصر الحاضر جعل الاستصناع متعارفاً في جميع الأشياء[2].

ولا يغيب عن الأذهان أن فقهاء الحنفية عندما مثّلوا لذلك فقالوا مثل استصناع الحديد والنحاس والزجاج والرصاص ونحو ذلك، غير أنه من الجدير بالتنويه به أن هذه الأمثلة كانت شائعة عندهم ولم يريدوا من خلالها حصره فيها، بل أرادوا التمثيل بها فقط، ولذلك قد تختلف صناعات عصر عن عصر آخر كثرة وقلة وشيوعا وندرةً، ولذلك نرى المتاخرين من الحنفية عندما تطرق لعقد الاستصناع ذكروا أمثلة لم تكن موجودة في العصور المتقدمة، مثل البندقية والسفن الحربية، ويمكن أن تضاف في عصرنا الحاضر كل الصناعات الخفيفة والثقيلة والمتوسطة والبحرية والجوية والفضائية كالأقمار الصناعية ونحوها[3].

الشرط الثالث: أن يحدد فيه الزمن سواء أكان قصيراً أم طويلاً، وذلك لأن العقود الواردة على العمل لابد أن يذكر معها الأجل، وهذا يتماشى على قول الصاحبين ولا يصير سلماً فيما تعامل الناس به بل يبقى استصناعاً، ويكون ذكر المدة للتعجيل، أما إن ضرب الأجل فيما لم يجر التعامل على الاستصناع فيه فهو سلم باتفاقهم، بينما ذهب إمام المذهب إلى اشتراط أن لا يكون في عقد الاستصناع أجل، قال الإمام الكاساني: "فَإِنْ ضَرَبَ لِلِاسْتِصْنَاعِ أَجَلًا؛ صَارَ سَلَمًا حَتَّى يُعْتَبَرَ فِيهِ شَرَائِطُ السَّلَمِ، وَهُوَ قَبْضُ الْبَدَلِ فِي الْمَجْلِسِ، وَلَا خِيَارَ لِواحدٍ مِنْهُمَا إذَا سَلَّمَ الصَّانِعُ الْمَصْنُوعَ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي شُرِطَ عَلَيْهِ فِي السَّلَمِ (وَهَذَا) قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللَّهُ - وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: هَذَا لَيْسَ بِشَرْطٍ، وَهُوَ اسْتِصْنَاعٌ عَلَى كُلِّ حَالٍ - ضَرَبَ فِيهِ أَجَلًا أو لَمْ يَضْرِبْ - وَلَوْ ضَرَبَ لِلِاسْتِصْنَاعِ فِيمَا لَا يَجُوزُ فِيهِ الِاسْتِصْنَاعُ - كَالثِّيَابِ وَنَحْوِهَا - أَجَلًا؛ يَنْقَلِبُ سَلَمًا فِي قَوْلِهِمَا جَمِيعًا (وَجْهُ) قَوْلِهِمَا: أَنَّ الْعَادَةَ جَارِيَةٌ بِضَرْبِ الأجل فِي الِاسْتِصْنَاعِ"[4].

واستدل الصاحبان بأن العادة جارية بضرب الأجل في الاستصناع، وإنما يقصد به تعجيل العمل، لا تأخير المطالبة فلا يخرج به عن كونه استصناعاً وخصوصاً في عصرنا الحاضر فقد دخل الاستصناع في مصنوعات ضخمة هائلة باهظة التكاليف، كالطائرات والبواخر والعمارات، مما قد يحتاج إنشاؤه إلى سنين، ولذا ذهب أغلب علماء العصر والمجمع الإسلامي إلى أنه يجوز ذكر الأجل بل يجب حسماً للنزاع[5].

---

[1]) ينظر: حقيبة طالب العلم الاقتصادية، ١٣٠/٦.

[2]) ينظر: شرح القواعد الفقهية، أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، ص ٥٦- ٥٧.

[3]) مجلة الأحكام العدلية، ص ٧٥.

[4]) بدائع الصنائع، ٣/٥.

[5]) ينظر: عقد الاستصناع، د. محمد سليمان الاشقر، ص ٢٣٢.

وهذا الرأي ضروري في زماننا، لأن عقد الاستصناع عقد قائم على العمل والعين المؤجلين عادة، وكل ما هو شأنه التأجيل أو التأخير لابد فيه من تحديد المدة حتى لا يؤدي إلى النزاع والخصام قياساً على الإجارة، وذلك لأن الصانع قد يتأخر في التنفيذ والمستصنع يريد التعجيل، فإذا لم يكن في العقد تحديد للمدة أدى بلا شك إلى نزاع، وعلماؤنا اتفقوا على منع كل ما يؤدي في العقود إلى النزاع، ولذلك منعوا الجهالة الفاحشة في المعاوضات، لأنها تؤدي إلى النزاع، فكذلك في تقويم المدة حيث يؤدي إلى نزاع شديد[١]، إذاً لابد أن يمنع ويوجب التحديد، ثم إذا حددت المدة يجب الالتزام بها بأن يكمل المصنوع قبل انتهائها، أما إذا انتهت المدة دون إكمال الشيء المستصنَع، فإن للمستصنِع حق الفسخ أو الغرامة اذا ثبت اثناء العقد وفق الشرط الجزائي كما مرَّ، وكما هو الحال في شأن كل العقود التي يحدد فيها الوقت[٢].

الفرع الرابع: كيفية الاستفادة من عقد الاستصناع في الاستثمارات المعاصرة

الاستصناع عقد فيه مرونة تيسر للمصارف استخدامه في تعاملها مع الناس، لما فيه من إمكانية تعجيل الثمن أو تقسيطه، فإن لعقد الاستصناع أهمية بالغة من جوانب عدةٍ، ويمكن للمصرف أن يدخل هذا المجال على أساس أنه مستصنِع، أو على أساس أنه صانع.

وتجدر الإشارة بهذه المناسبة إلى أن عقد الاستصناع بسبب مرونته وحاجة الناس إليه بصورة مستمرة مستجدة ظل خاضعاً للتطور حسب تطور الصناعات، وتخصيص النص بالتعامل أي العرف عند الحنفية جائز ألا ترى تجويزهم الاستصناع للتعامل، والاستصناع بيع ما ليس عنده وأنه منهيٌّ عنه، وتجويز الاستصناع تخصيص منهم للنص الذي ورد في النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان[٣]، ومما لا شك فيه أن تلك الأعراف منسجمة مع حاجات الناس ومعايشهم، بل نابعة منها، ولا شك أن الأصل في العقود أنها تنشأ تبعاً لحاجة الناس إليها، فيتعارفونها، وعلى شاكلة تلك العقود غير المسماة المستمدة قوتها وسندها من التعامل الثابت المستمر من غير نكير، وخير معبر عن ذلك موضوعنا الاستصناع، وهذا النفع لابد من تطبيقه عملاً بالقاعدة: "كُلُّ شَيْءٍ تُعُومِلَ اسْتِصْنَاعُهُ يَصِحُّ فِيهِ الِاسْتِصْنَاعُ عَلَى الْإِطْلَاقِ"[٤]، ومن أهم جوانب الاستفادة ما يأتي:

<u>الجانب الأول:</u> يمكن أن يكون المصرف مستصنِعاً، فإن ذلك يلبي حاجة الصناعيين إلى التمويل المبكر، ويمكنهم ذلك من شراء الأجهزة أو قطع الغيار، واجتياز كل عقبة مالية تحول دون المباشرة في الإنتاج، وفي تعاملاتهم الزبائن مع المصرف بهذا الاسلوب يحلون مشكلة تسويق مصنوعاتهم، لأنهم يضمنون مسبقاً مشترياً ملتزماً بأخذ المصنوع عند تمامه.

والمصرف يوصي على السلع ذات الرواج يحصلها بأسعار منخفضة، ثم يستطيع بيعها بالسعر الحاضر أو المؤجل أو المقسط وهذا يتيح له أرباحاً جيدة، بالاضافة إلى أن الأجل لا يجب أن يكون محدداً في الاستصناع بيوم محدد، فيمكن أن يتفقا على أجل معين للتسليم عن أن لا يزيد عن المدة الكافية فعلاً لصناعة المطلوب، وفي ذلك يسر في صياغة العقود[٥].

<u>الجانب الثاني:</u> وأما أن يكون المصرف صانعاً، فإنه يتمكن على أساس عقد الاستصناع من دخول عالم الصناعة وعالم المقاولات بآفاقهما الرحبة، كصناعة السفن والطائرات والآليات

---

[١]) ينظر: المدخل إلى الاقتصاد الإسلامي، ص ٢٠٠.
[٢]) ينظر: حقيبة طالب العلم الاقتصادية، ١٤٣/٦.
[٣]) ينظر: القواعد والضوابط الفقهية، د. أحمد الندوي، ١٨٢/١.
[٤]) مجلة الأحكام العدلية، ص ٧٦.
[٥]) ينظر: حقيبة طالب العلم الاقتصادية، ١٤٥/٦.

ونحوها، ومشاريع الإسكان والعمائر الضخمة والبروج الفخمة، وإنشاء سكك الحديد، وتعبيد الطرق وإنشاؤها، والمطارات وتزويدها بتجهيزاتها المختلفة، فيقوم المصرف بتنفيذ ذلك، وذلك بأجهزة إدارية ضمن أقسام منفصلة عن دوائر العمل المصرفي في المصرف نفسه، وتقوم تلك الأجهزة بإدارة العمليات الصناعية لإنتاج ما طلب منه صنعه، أو إعادة استصناعه.

فمدى أهمية الاستصناع للمصارف سواء أكان صانعاً أو مستصنِعاً في الاستثمارات في عصرنا الحاضر وتطبيقاته المعاصرة لها شأن بالغة الأهمية في التقدم الحضاري والمالي، ففيه توسيع لنطاق إمكان بيع المعدوم في كل شيء يصنع صنعاً مما اشتدت الحاجة إلى إمكان بيعه قبل صنعه في عصرنا هذا الذي انفرجت في الصناعة وفنونها وابتكاراتها القائمة على الاكتشاف العلمي والتقنية إلى درجة تذهل العقول.

ومن هنا ظهرت أهمية تيسير التجارة وتنوعها بصورة لم يكن لها مثيل في الماضي، فاستثمار الأموال بغية تنميتها بالربح تنوعت سبله كثيراً، وفيها الحلال والحرام في نظر الشريعة الإسلامية، وتزاحمت المصارف في جذب مدخرات الناس وفائض أموالها، لدفعها ووضعها في طريق الاستثمار والتنمية[١]، ومن هذا الأفق تبرز أهمية عقد الاستصناع في ميدان التجارة من ناحيتين.

<u>الناحية الأولى:</u> ممارسة الاستصناع بخبرة تجارية وبصيرة في الأسواق من خلال المصارف اليوم تؤدي إلى مصب المدخرات لكثير من الناس الملتزمين لأجل استثمارها بواسطة هذه المصارف بطرق بعيدة عن المحرمات والأمور الربوية، ولكن الواقع غير ذلك، لأن أغلب المصارف أو معظمها أهملت هذا الطريق وانصب جهدها للمرابحة عبر طريق الشراء إيثار منها للكسل، لأن القائمين على إدارتها ليسوا من التجار الخبراء، بل هم مصرفيون نشأوا في العمل بالأوراق من خلال حاسباتهم وهم على مناضدهم، ولم يعتادوا خوض معترك طرق التجارة ليستثمروا أموالهم بأنفسهم[٢].

<u>الناحية الثانية:</u> يحتاج طريق الاستصناع إلى جهد ويقظة، وهو أن تكون مضاربة تنطح في الأسواق، وتتصيد الفرص المناسبة التي ترصدها بمنظار وعيون مفتحة في الأسواق على الأسعار والسلع، ويكون لها مخازن ومعارض ككل متاجر برأس ماله، فتجني أرباحاً مضاعفة متجنبة الفائدة الذي تربحه المصارف الربوية في قروضها، وهكذا تضرب المثل الصالح للنظام الشرعي في طريق المشاركة من خلال عقد الاستصناع بدلاً من طريق التمويل الربوي المشؤوم[٣].

فالاستصناع هنا يجعل الصانع يزيد من مصنوعاته كلما زاد الطلب، وهو لذلك يلبي حاجة المستصنِع، كما أن الاستصناع أصبح وسيلة هامة من وسائل التمويل الإسلامي في عصرنا، والآن نقوم بعرض بعض المجالات التي امتد إليها عقد الاستصناع:

<u>المجال الأول:</u> عقد الاستصناع عقد فيه تيسير كبير على الناس عامة، وذلك لأنه لا يشترط فيه تسليم الثمن، ولا المثمن، فهو تغطية كاملة لجانبين مهمين، ناهيك عن عدم اتحاد تسليم الثمن أو المثمن في المجلس، فأبيح عقد الاستصناع على هذه الصفة، ولا شك أن للعرف العام مجالاً في إدراج بعض الأشياء في الأعيان، فأجيز عقد الاستصناع الذي هو في واقعه وارد على الذمة من

---

[١]) ينظر: عقد الاستصناع، د. محمد سليمان الاشقر، ص ٢٤٠.

[٢]) ينظر: منهج استنباط احكام النوازل الفقهية المعاصرة، مسفِر بن علي بن محمد القحطاني، ص٦٣٣.

[٣]) ينظر: حقيبة طالب العلم الاقتصادية، ١٤٥/٦ وما بعدها.

حيث العين والعمل، وبذلك اكتملت جميع الجوانب الثلاثة، وغطيت الحاجة الأساسية لأفراد المجتمع الذي يحتاج كثيراً إلى هذه العقود[1].

المجال الثاني: إن عقد الاستصناع له دور بارز في تطوير المصانع وتنمية المجتمع وتطويره، وكان له دور في المجتمعات السابقة، ودوره اليوم أكثر نظراً لحاجة المصانع إلى الأموال، وإلى التشغيل، فكثير من المصانع ليس لها من السيولة ما يكفي لتطويرها كما أنها قد تخاف من صنع مواد لا يشتريها الناس، وحينئذ تكسد بضائعها ومصنوعاتها فتخسر، فيحتاج منها البدء في التعاقد على المصنوعات لكي تضمن لنفسها قبل البدء التعامل مع الزبائن فتقدم على التصنيع وهي مطمئنة من عدم الخسارة بل من تحقيق الربح وهكذا تستمر وتنمو المصانع وتكثر المصنوعات مع توفير عوامل الترغيب كتخفيض الأسعار وتحسين الجودة نتيجة لذلك وللتنافس[2].

بطريق الاستصناع يمكن إقامة المباني على أرض مملوكة للمستصنع بعقد مقاولة، فإذا كان عقد المقاولة يقوم على أساس أن المقاول هو الذي يأتي بمواد البناء مثلا ويتحمل تكاليفه جاهزاً كما هو معروف بعبارة على المفتاح، فهذا يمكن أن يعتبر استصناعاً، ويمكن استصناع المباني الجاهزة على أرض مملوكة للصانع نفسه، كما يفعل اليوم تجار البناء، إذ يشترون قطع الأراضي المناسبة، وينشئون عليها بيوتاً للسكنى ويبيعونها جاهزة، فذلك استصناع واضح[3].

الخلاصة: أن الاستصناع عقد تابع وداخل في أحد العقود المشهورة المتفق عليها كالسلم أو البيع أو بيع وإجارة أو إجارة ابتداء وبيع انتهاء، أو له شبه بالسلم والبيع أو غير ذلك، محله العمل والعين الموصوفة في الذمة حسب المواصفات والشروط، حيث وجد الكثير من المسائل العملية لعقد الاستصناع باعتبار العرف دليلاً شرعياً، لإمكانية استغلالها من قبل المصارف، نذكر أهمها.

❖ **الاستصناع المتوازي:** هو إجراء عقدي استصناع متوافقين دون الربط بينهما.

ومعناه أن يعقد المصرف مثلا بخصوص السلعة الواحدة عقدين، أحدهما مع الراغب في السلعة، والآخر مع القادر على الصناعة ليقوم بإنتاج سلعة مطابقة، فالمصرف إما أن يكون في عقد الاستصناع مستقل مع طرف ثالث لاستصناع سلعة مواصفاتها مطابقة للسلعة المتعاقد على تسليمها في الاستصناع الأول، ليتمكن من الوفاء بالتزامه فيه، وإما أن يكون مستصنعا في العقد الثاني، أو أن يبيع المستصنع سلعة بطريق الاستصناع من نفس السلعة المستصنعة وبنفس مواصفاتها في العقد الأول، ويكون في العقد الثاني صانعاً.

ومثال ذلك: أن يشتري المصرف بطريق الاستصناع قطاراً موصوفاً بمواصفات محددة إلى أجل، ويبيع بعقد آخر لطرف ثالث قطاراً يتعهد بصنعها بنفس مواصفات القطار الذي اشتراه استصناعاً إلى أجل أبعد من الأجل الذي يتسلم فيه القطار الذي استصنعه[4].

يجب الحذر في الاستصناع المتوازي من محاذير، من عدم الربط بين العقدين بل يجب أن يكون كل من العقدين منفصلا عن الآخر وغير مبني عليه. فتكون مسؤولية المصرف ثابتة قبل المستصنع. ولا شأن للمستصنع بالصانع في العقد الثاني. وإذا لم يقم الصانع بالعمل أو لم ينجزه في الموعد فعلى المصرف إنجازه، وأن لا ينتظر المصرف ليأتيه شخصان قد اتفقا بينهما أحدهما صانع والآخر مشتر يريد تمويلا ليدفع المصرف للصانع مقدما ، ثم ينتظر الوفاء من الآخر

---

[1]) ينظر: موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، د. علي السالوس، ص ١٠٠٢.

[2]) ينظر:أثر الادلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، د. مصطفى ديب البُغا، ٣١٠/٢ وما بعدها.

[3]) مجلة الأحكام العدلية، ص ٧٥، شرح القواعد الفقهية، أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، ص ٣٧٦- ٣٧٧.

[4]) ينظر: المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية، ص ١٥٠.

بالزيادة. بل على المصرف أن يكون لديه (دائرة خاصة بالعمليات الاستصناعية) يأتي إليها الراغبون في إنشاء المباني، أو صناعة السلع الاستهلاكية ، أو غير ذلك، أن لا يكلف المصرف المستصنع بالتعاقد مع الصانع أو متابعته ، ولا يوكله بالإشراف على المصنوع ، أو قبضه ، أو نحو ذلك، وهذان الأمران لئلا يتقلص دور المصرف في العملية الصناعية ، ويتحول من مستصنع حقيقة إلى مقرض بالفائدة، قال الإمام المرغيناني: "وإذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه ليس له أن يستعمل غيره"؛ لأن المعقود عليه العمل في محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه "وإن أطلق له العمل فله أن يستأجر من يعمله"؛ لأن المستحق عمل في ذمته، ويمكن إيفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة إيفاء الدين"[1].

وهذا يستدعي قيام الجهات المسؤولة بوضع خطوات تفصيلية، وضوابط محددة، تقلل من إمكانية الخطأ في التطبيق، ويستدعي أيضاً قيام المصارف ببذل مزيد من العناية للبلوغ بموظفيها إلى درجة عالية في الأمور المتعلقة بخصوص أعمالهم، مع التدريب العملي المنضبط بإشراف هيئات الرقابة الشرعية.

ولعل من أهم شروط عقد الاستصناع المتوازي أن يكون مما يجري فيه التعامل بين الناس في أي عصر من العصور، وبهذا لو تعارفوا على أشياء لم تكن معروفة في الأزمنة التي سبقتنا فلا مانع والحالة هذه من اعتباره عرفاً والحاقه بالاستصناع دون الوقوف بالاستصناع عند مسائل معينة، ويشترط في العرف المجوز للاستصناع أن يكون عاماً.

ومعلوم أن الفقهاء القدامى عللوا ذلك بتعامل الناس، وما كان كذلك يتغير بتغير التعامل، فمعلوم أن الأحكام التي تبنى على العرف تتغير بتغيره كالحرز والنفقة، تتغير حسب العرف، وقد اتضح لك أن الفقهاء ذكروا الاشياء التي يصح فيها التعامل على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر، فإذا جرى التعامل بشيء آخر لم يكن يتعامل به ثبت له الحكم، وكذلك لو تغير العرف وتعامل الناس بما لم يكن فيه تعامل كاستصناع المعامل التحليلية وآلات الكتابة والتصوير وأدوات الإنارة إلى آخر ما توصلت إليه العقول البشرية كسفن الفضاء، والأقمار الصناعية يجوز استصناعها إذا أمكن ضبطها على وجه تنتفي المنازعة معه[2].

❖ **استصناع العملات الورقية:**

ومن المميزات الاقتصادية لعقد الاستصناع أيضاً، إذا احتاج المصرف إلى طباعة أوراق نقدية مهما كانت كميتها، وكُلف بذلك أحدى الشركات على أساس عقد الاستصناع فلا فرق بين ذلك وبين طباعة خمسة مليون بطاقة للناخبين مثلاً، كلاهما جائز وليس هنا وقوع في الربا، لأن هذه الأوراق النقدية ليس لها أية قوة ثمنية قبل أن يتسلمها البنك المركزي، ممن قام بطبعها لأن قوتها الثمنية إنما تأخذها من اعتراف المصرف بها، وهو لا يعترف لها بقيمة قبل استلامها وإدخالها في سجلاته وخزائنه تمهيداً لطرحها للتداول، فمتى فعل ذلك أصبح لها قوة ثمنيه ودخلتها أحكام الربا.

ومن ثم فأن الاستصناع إنما يجوز في الاشياء التي تعورف فيها، لأن العرف دليل الحاجة التي هي سبب الاستثناء، كما في استصناع الخف وبعض الآنية ونحو ذلك من الاشياء الشخصية أو المنزلية الخاصة، وفيما سوى المتعارف استصناعه لا يصح تمسكاً بالأصل، وهو عدم جواز بيع المعدوم، فينبغي مراعاة ضوابط الاستصناع كما مرَّ، لأنه بابٌ واسعٌ في كل ما تدخله

[1]) الهداية في شرح بداية المبتدي، ٢٣٣/٣.
[2]) ينظر: عقد الاستصناع، د. محمد سليمان الاشقر، ص ٢٤٠- ٢٤١.

الصنعه، وهذا التوسيع مخالف للمذاهب الإسلامية إذا فقدت شروطه، بالأضافة إلى مخالفته المذاهب الثلاثة التي لم تجزه من الأصل إلا إذا توفرت فيه شرائط السلم، وفي طليعتها تعجيل الثمن، ومخالف للمذهب الحنفي الذين أجازوه مستقلاً ودون شرط تعجيل الثمن لكنهم قيدوه بالمتعارف[١].

الفرع الخامس: أثر العرف في استنباط حكم عقد الاستصناع

إن من طرق المحافظة على المال استثماره وتنميته، ومن وسائل استثمار المال وتنميته المتاجرة به وتقليبه طلباً للربح، وطلب الربح مما يثاب عليه الإنسان إذا نوى به الاستعانة على تحقيق المصالح الشرعية، كإنهاض المشاريع المهملة في المصارف وتقويتها، واستحقاق الربح مأخوذ من قوله تعالى: ﴿ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾[٢]، فأنيط الحكم بسبب ظاهر وهو التجارة، والاستصناع المتوازي وغيره نوع من التجارة وفيه نوع من الجهالة بعدم رؤية المستصنَع، ولكن الجهالة التي لا تفضي إلى المنازعة مع وجود الخيار، فإنه إذا لم يوافقه رده، وإذا كان كذلك فلا ضرر، وعلى هذا لا يتناوله النهي عن بيع الغرر، لأن الله سبحانه وتعالى أحل التجارة ولم يثبت في الشرع لفظ مخصوص له، فوجب الرجوع إلى العرف، فكل ما عدّه الناس تجارةً كان تجارةً كما في الحرز وإحياء الموات وغير ذلك[٣]، وعلى هذا يندرج في قولهم كل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له فيه ولا في اللغة، يرجع فيه إلى العرف، لأنه لم يرد مطلقاً وإنما له دليل خاص، ولا يرجع إلى العرف إلا حيث لا دليل سواه، وعقد الاستصناع لا ضابط له في الشرع ولا في اللغة، فوجب الرجوع إلى العرف كغيره من العقود[٤].

ويمكن أن يقال إن العرف الذي جعل ترك الغرر والجهالة شرطاً صريحاً لصحة العقد، هو بعينه يجعل هذا الشرط متعارفاً فيكون العقد بشرط متعارف، فيصح استحساناً، وذلك إذا جرى به العرف أصبح صحيحاً ويلزم العمل به، ويصح العمل به[٥].

أن يكون الشيء المستصنع قد جرى العرف على التعامل في مثله استصناعاً، فلو تغير العرف، وكان المعيار المبني على العرف معلولاً، فهو مدار الذي يبنى عليه الحكم أبداً، فالاستصناع المتوازي يجري التعامل بين الناس في عصرنا الحاضر على اشياء لم تكن معروفة عند فقهائنا القدامى، وقد أتضح فيما مرَّ، إذا جرى التعامل بشيء لم يكن يتعامل به ثبت له الحكم على وفاقه، وعمدتهم في ذلك العرف، باعتباره ثبت بمجمل الشرع من غير تنصيص على بيانه، فيعلم به أنه ردَّ إلى عرف الناس فيه، ولا طريق إلى معرفته إلا من جهته، فيرجع إليه، فالاستصناع من البيوع المعدومة، فما لم يتعارف على استصناعه بقي على أصل المنع، وما تعارف الناس على استصناعه، كالاستصناع المتوازي فيقدم العمل به على العرف الخاص، ولا نعني بالخاص بأنه ينفرد بأشخاص معدودين، وإنما المقصود بعرف المصارف عند العلماء المعاصرين، فيمكن أن يكون في المستقبل من العرف العام العملي.

---

[١]) ينظر: نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، د. وهبة الزحيلي، ص ٣١٦.

[٢]) سورة النساء: من الآية ٢٩.

[٣]) ينظر: المجموع شرح المهذب، ١٦٣/٩.

[٤]) ينظر: الأشباه والنظائر، السيوطي، ص ٩٩.

[٥]) ينظر:أثر الادلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، د. مصطفى ديب البُغا، ٣٠٢/٢.

فإن المعتبر في عقد الاستصناع المتوازي وغيره هو عرف الناس في المنصوص عليه وغيره، لأن العرف يكون بمنزلة الإجماع عند عدم النص إذا كان عاماً، يقول الإمام ابن سُريج: "كُلُّ مَا جَرَتْ الْعَادَةُ فِيهِ بِالْمُعَاطَاةِ وَعَدَّهُ بَيْعًا فَهُوَ بَيْعٌ وَمَا لَمْ تَجْرِ فِيهِ الْعَادَةُ بِالْمُعَاطَاةِ كَالْجَوَارِي وَالدَّوَابِّ وَالْعَقَارِ لَا يَكُونُ بَيْعًا قَالَ وَهَذَا هُوَ الْمُخْتَارُ[1]"، يقول الإمام السيوطي: " الْمُعَاطَاةُ عَلَى أصل الْمَذْهَبِ، لَا يَصِحُّ الْبَيْعُ بِهَا، وَلَوْ اُعْتِيدَتْ لَا جَرَمَ أَنَّ النَّوَوِيَّ قَالَ: الْمُخْتَارُ الرَّاجِحُ دَلِيلًا الصِّحَّةِ ؛ لأنه لَمْ يَصِحّ فِي الشَّرْعِ اعْتِبَارَ لَفْظٍ فَوَجَبَ الرُّجُوعُ إلَى الْعُرْفِ كَغَيْرِهِ مِنْ الْأَلْفَاظِ، وَمِنْهَا: مَسْأَلَةُ اسْتِصْنَاعِ الصُّنَّاعِ"[2].

وحول هذا العقد يعبر عنه ابن الهمام بتعبير كأنه يلمح لعقد الاستصناع فيقول: "وَمَنْ اشْتَرَى شَيْئًا لَمْ يَرَهُ فَالْبَيْعُ جَائِزٌ، وَلَهُ الْخِيَارُ إذَا رَآهُ إنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ رَدَّهُ سَوَاءً رَآهُ عَلَى الصِّفَةِ الَّتِي وُصِفَتْ لَهُ أو عَلَى خِلَافِهَا"[3]، قال الإمام ابن قدامه: "أَنَّ اللَّهَ أَحَلَّ الْبَيْعَ، وَلَمْ يُبَيِّنْ كَيْفِيَّتَهُ، فَوَجَبَ الرُّجُوعُ فِيهِ إلى الْعُرْفِ، كَمَا رُجِعَ إليه فِي الْقَبْضِ وَالْإِحْرَازِ وَالتَّفَرُّقِ، وَالْمُسْلِمُونَ فِي أَسْوَاقِهِمْ وَبِيَاعَاتِهِمْ عَلَى ذَلِكَ، وَلِأَنَّ الْبَيْعَ كَانَ مَوْجُودًا بَيْنَهُمْ، مَعْلُومًا عِنْدَهُمْ، وَإِنَّمَا عَلَّقَ الشَّرْعُ عَلَيْهِ أحكاما، وَأَبْقَاهُ عَلَى مَا كَانَ، فَلَا يَجُوزُ تَغْيِيرُهُ بِالرَّأْيِ وَالتَّحَكُّمِ.. وَلِأَنَّ النَّاسَ يَتَبَايَعُونَ فِي أَسْوَاقِهِمْ بِالْمُعَاطَاةِ فِي كُلِّ عَصْرٍ، وَلَمْ يُنْقَلْ إنْكَارُهُ مِنْ قَبْلِ مُخَالِفِينَا، فَكَانَ ذَلِكَ إجْمَاعًا"[4].

ولما كان الاستصناع مستنداً إلى التعارف، ومقيساً على أغلب شرائط السلم المشروع على خلاف القياس بناء على عرف الناس، لزم اختياره مراعاةً لمصلحة الوقت، وإن تلك الشبكة الهائلة من المصنوعات والتي في أغلب الأحيان يحتاج إلى التعاقد عليها قبل وجودها، فقد أجازه أغلب الفقهاء إذا كان العقد موافقاً للبرنامج المتفق عليه من قبل المتعاقدين، قال الإمام مالك: "وَبَيْعُ الْأَعْدَالِ عَلَى الْبَرْنَامَجِ مُخَالِفُ لِبَيْعِ السَّاجِ فِي جِرَابِهِ وَالثَّوْبِ فِي طَيِّهِ، وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ فَرْقٌ بَيْنَ ذَلِكَ الأمر الْمَعْمُولِ بِهِ وَمَعْرِفَةَ ذَلِكَ فِي صُدُورِ النَّاسِ، وَمَا مَضَى مِنْ عَمَلِ الْمَاضِينَ فِيهِ، وَأَنَّهُ لَمْ يَزَلْ مِنْ بُيُوعِ النَّاسِ الْجَائِزَةِ وَالتِّجَارَةِ بَيْنَهُمْ الَّتِي لَا يَرَوْنَ بِهَا بَأْسًا؛ لِأَنَّ الْأَعْدَالَ عَلَى الْبَرْنَامَجِ عَلَى غَيْرِ نَشْرٍ لَا يُرَادُ بِهِ الْغَرَرُ، وَلَيْسَ يُشْبِهُ الْمُلَامَسَةَ"[5]، ومعنى الاعدال على البرنامج بيع بوصف صفة معروفة فخرج من المنهي عنه كالثوب المطوي والجراب لجهالتهما ولتشابهما ببيع الملامسة فوقعا في الغرر[6]، فبينما عقد الاستصناع يخدم عملية الإنتاج التي هي المصلحة الاقتصادية الحيوية الحقيقية للمجتمع، كما يجري اليوم في البورصات العالمية الخالية من العمل والجهد، بالتعاقد على كميات من السلع المؤجلة بأسعار وأثمان مؤجلة لا يقصد منها الانتاج بل مجرد مضاربة وفق الموعد المتفق عليه على فرق السعر الذي يربحه أحد الطرفين، بينما تجد الاسلام يهدف إلى تحقيق المصالح الصحيحة، فيفتح لها أبواب التي تنتج نفعاً للجميع، ويغلق أبواب المضاربة التي تكون شبيهة بالمقامرة حرصاً على النشاط الاقتصادي، فيعمل في كل محل بعادته[7].

---

[1]) ينظر: المجموع شرح المهذب، ١٦٣/٩.

[2]) ينظر: الأشباه والنظائر، السيوطي، ص ٩٩.

[3]) فتح القدير، ٣٣٥/٦.

[4]) المغني، ٤٨١/٣.

[5]) المنتقى شرح الموطأ، ٤٤/٥.

[6]) ينظر: شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهري، تحقيق: طه عبد الرءوف سعد، مكتبة الثقافة الدينية – القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م، ٤٧٣/٣.

[7]) ينظر:أثر الادلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، د. مصطفى ديب البُغا، ٣٠٢/٢ وما بعدها.

الراجح:

أن عقد الاستصناع المتوازي جائز وفق الضوابط الشرعية والابتعاد عن المحاذير، كالفصل بين العقدين، ويُعد من العرف الخاص العملي، لأنه معتمد في المصارف خاصة وعملي وذلك واضح، وصحيح للحاجة إليه، ولا شك أن الاستصناع من الأمور الحاجيه والملحة لفئات كثيرة من الناس، وعناية الشارع بالحاجيات تقارب عنايته بالضروريات، وعدم المانع منه، إذ الأصل في العقود الجواز إلا أن يثبت ما يمنع منها، فيستثنى موضع الحرج والمشقة، وإجراء القياس مطلقاً يؤدي إلى حرج ومشقة في بعض موارده، فلو بقينا مع أصل الدليل العام لأدى ذلك إلى رفع ما اقتضاه ذلك الدليل من المصلحة فكان من الواجب رعاية ذلك المآل إلى اقصاه[1].

المطلب الثاني: أثر العرف في عقد التوريد

عقد التوريد يعد من المعاملات الحديثة التي ظهرت في الزمن المعاصر، وخلال فترة وجيزة نمت الحاجة إليه بشكل كبير ومتسارعٍ، وذلك بسبب التطور السريع الحاصل في مجال العمران والصناعة والتجارة، فهذا العقد تجده بارزاً في كل المجالات السابقة وغيرها، وبصورة لا غنى عنها سواء على مستوى الأفراد أو الشركات أو الدول، ولكنه بالمنظور الشرعي تجد أن هذه المعاملة لها أصول في المعاملات الإسلامية وليست معاملة مستحدثة من كل وجهٍ، مع اختلاف في المسميات فلا مشاحة في الاصطلاح، وتباين في بعض التفاصيل الصغيرة التي لا تضر بروح العقد أو تعود عليه بالبطلان[2].

يتناول هذا المطلب حقيقة معنى التوريد عند اللغويين للتعرف على مفهومها الاصطلاحي، والتأمل في تصور مفهومها عند علماء الاقتصاد وما إلى ذلك من حقائق ذات الصلة بجزئيات التوريد، وبيان صور التوريد وطرق إبرامه، ثم تفريع شواهد من الأدلة يتقوى بها على العمل باتفاقية عقد التوريد، ثم التطرق إلى أقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها، وترجيح المسألة، ويمكن من خلال التعريفات وحكمه الشرعي، للوصول على تطبيقاته وفق مجال القول بدليل العرف على مقتضى الحاجة.

الفرع الأول: تعريف عقد التوريد

أولاً: تعريف التوريد لغةً: يطلق التوريد في اللغة على معاني عدة نورد بعضها:

١. الحضور: قال الجوهري: "وَرَدَ فلان وُروداً: حضر. وأورَدَهُ غيرُه، واسْتَوْرَدَهُ، أي أحضره"[3]، وقال بعضهم: " وَرَدَ فلانٍ {وُرُوداً: حضرَ،} وأورَدَه غيرُه: (أَحْضَرَهُ {المَوْرِدَ، {المَوْرِدَ، كاستَوْرَدَه) } وتَوَرَّدَهُ، الأَخير عَن ابنِ سِيده، ({وتَوَرَّدَ: طَلَبَ الوِرْدَ) ، كاسْتَوْرَدَ، عَن ابنِ سَيّده، (و) } تَورَّدَتِ الخَيْلُ (البَلْدَةَ: دَخَلَهَا قَلِيلاً) قَلِيلا، قِطْعَةً قِطْعَةً"[4].

٢. تقديم المورد: يقال أورد فلان أحضره، واستورد السلعة ونحوها جلبها من خارج البلد، ويذكر ابن فارس أنَّ: "(وَرَدَ) الْوَاو وَالرَّاءُ وَالدَّالُ: أصلانِ، أحدهُمَا الْمُوَافَاةُ إلى الشَّيْءِ،

---

[1]) ينظر: الموافقات، ١٤٠/٤.

[2]) ينظر: الفقه البيوع على المذاهب الآربعة مع تطبيقاته المعاصرة مقارناً بالقوانين الوضعية، محمد تقي العثماني، مكتبة معارف القران، باكستان، سنة ١٤٣٦ه/٢٠١٥م، ٩٤/١.

[3]) ينظر: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، الجوهري،٥٤٩/٢.

[4]) تاج العروس من جواهر القاموس، ٢٩٢/٩.

وَالثَّانِي لَوْنٌ مِنَ الْأَلْوَانِ"[1]، قول الفيومي: "وَرَدَ الْبَعِيرُ وَغَيْرُهُ الْمَاءَ يَرِدُهُ وُرُودًا بَلَغَهُ وَوَافَاهُ مِنْ غَيْرِ دُخُولٍ وَقَدْ يَحْصُلُ دُخُولٌ فِيهِ"[2].

ومن التعريفات السابقة نستطيع الوقوف من مجملها على معنى يتعلق بعمل المورِّد وهو الإحضار، فالمورِّد يقوم بإحضار السلعة أو الخدمة إلى البلد أو إلى المورَّد له، وهي من باب تسمية الشيء بأبرز ما فيه[3]، وهنالك معانٍ اخرى كثيرة لا تتعلق بالموضوع، والذي يعنينا هو ذكر اقرب المعاني لربطه بالعنوان، ومن خلال المعاني اللغوية للتوريد، بأن العنصر الجوهري في عقد التوريد هو عمل المورِّد والمتمثل في إحضار وتقديم السلعة أو الخدمات إلى المورِّد له، لأنهما تكونان تابعتان للعمل الذي يقوم به المورِّد، ولهذا سمي عقد التوريد بهذا الاسم.

ثانياً: تعريف التوريد اصطلاحاً: ويمكن القول ان فقهاءنا عليهم الرحمة، لم يذكره في كتبهم بهذه التسمية، وبالرغم من وجود بعض البيوع التي تشابهه من عدة جوانب كبيع الصفات، إلا أنهم لم يطلقوا عليه هذه التسمية، ويمكن رصد تعريفات متعددة للتوريد عند العلماء المعاصرين فقد قيلت فيه تعريفات كثيرة، في مختلف المجالات الفقهية والقانونية والاقتصادية نذكر أهمها:

١) عرفه المجمع الفقهي الإسلامي بأنه: "عقدٌ يتعهد بمقتضاه طرف أول بأن يُسلم سلعاً معلومةً مؤجلة بصفة دوريّة خلال فترة معينة لطرف آخر مقابل مبلغ معين مؤجل كلُّه أو بعضه"[4].
٢) عرفه السنهوري: "عقد يلزم به أحد المتعاقدين أن يورد للمتعاقد الآخر شيئاً معيناً، يتكرر مدة من الزمن"[5].
٣) عرفه الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان بأنه: "عقد على عين مباحة، موجودة لا في مجلس العقد، مؤجلة التسليم، منضبطة بصفات معينة، بثمن مؤجل معلوم"[6].
٤) وعرفه الدكتور رفيق المصري بأنه: "اتفاق يتعهد فيه أحد الطرفين أن يورد إلى الآخر سلعاً موصوفة على دفعة واحدة، أو على عدة دفعات، في مقابل ثمن محدد، غالباً ما يكون مقسطاً على أقساطٍ، بحيث يدفع قسط كلما قبض قسطاً من المبيع"[7].
٥) القاضي محمد تقي العثماني عرف التوريد بأنه: "عبارة عن اتفاق بين الجهة المشترية والجهة البائعة على أن الجهة البائعة تُورِّد إلى الجهة المشترية سلعاً أو موادّ محدودة الأوصاف في تواريخ مستقبلية معينة لقاء ثمن معلوم متفق عليه بين الطرفين"[8].
٦) عرف الدكتور محمد الطماوي عقد التوريد في القانون الإداري بأنه: "اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يَعد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد

---

[1]) مقاييس اللغة، ١٠٥/٦.
[2]) ينظر: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، الفيومي، ٦٥٥/٢.
[3]) ينظر: المعجم الوسيط، ١٠٢٤/٢.
[4])الفقه البيوع على المذاهب الأربعة مع تطبيقاته المعاصرة مقارناً بالقوانين الوضعية، ٩٤/١.
[5]) الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق أحمد السنهوري، ١٦٧/٦.
[6]) فقه المعاملات الحديثة، د. عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، الطبعة الأولى، دار ابن الجوزي، الدمام، السعودية، ١٤٢٦م، ص ٤٢.
[7]) عقود التوريد والمناقصات، د. رفيق المصري، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٢ ص ٢.
[8])الفقه البيوع على المذاهب الأربعة مع تطبيقاته المعاصرة مقارناً بالقوانين الوضعية، ٩٤/١.

منقولات معينة للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين، ويتميز عقد التوريد بأن موضوعه أموال منقولة أي توريد أشياء منقولة فقط"[١]. وأهمل عنصر الزمن.

٧) عرفه الدكتور علي حسن يونس من الناحية التجارية بأنه: "العقد الذي يلتزم به المقاول بتسليم الطرف الآخر كميات من الشيء الذي حصل التعاقد بشأنه بصفة دورية ومنتظمة خلال فترة زمنية معينة"[٢].

من خلال التأمل في التعريفات السابقة يمكن الاستفادة من أشياء متعددة، مع استيعاب قدر الإمكان الملاحظات بمختلف الاتجاهات فيما يأتي:

١. شرط القدرة على تسليم المعقود عليه، فصار كأنه بحكم الموجود، وإن لم يكن مصنّع في بعض الأحيان.
٢. أن يكون المعقود عليه منضبطاً معيناً دقيقاً بالفعل قبل العقد سواء من قبل المورِّد أو المورَّد له، وذلك للخروج من الجهالة المفضية للنزاع بين الطرفين.
٣. عقد التوريد شأنه شأن جميع العقود لا يصح إلا على المباحات والجائزات.
٤. غياب العوضين عن مجلس العقد، بتأجيل تسليم المثمن، وبثمن مؤجل معلوم، وهما المعقود عليه.
٥. عقد التوريد يُعدّ مواعدةً لإنجاز العقد في المستقبل، بذكر الخدمات كالسلع والمواد أو المنافع أيضاً.

والذي يبدو لي أن أقرب التعريفات تعريفي المجمع الفقهي والدكتور عبد الوهاب، حيث ضمّنتْ في ثناياها الصورة الكاملة لعقد التوريد، مع سلامة التعريفين من الاعتراض.

وإنما تحتاج المؤسسات التجارية إلى مثل هذه الاتفاقيات، ليُمكن لها تخطيط نشاطاتها التجارية، فإن ذلك لا يتيسّر إلا بالتزام من الطرفين، يتمّ به الحصول على المواد المطلوبة في أوقات محددة، ويكون لتحديد هذه الأوقات أثرٌ كبير في نجاح المخططات التجارية وفشلها.

الفرع الثاني: صور التوريد وطرق إبرامه

❖ صور التوريد:

أن من أهم الصور الشائعة التي يتم بها عقد التوريد في المعاملات التجارية في العصر الحاضر، بحسب اعتبارات معينة، فقد يعقد بأكثر من صورة وكلها صحيح ما دام منضبطاً بالشروط الشرعية التي حددناها في عقد الاستصناع وما سنذكره، من خلوه من وجوه الربا والغرر والجهالة، مع القدرة على التسليم، لذا نجد عقد التوريد قد تتغير فيه صورة الدفع على أشكال متعددة، وصور مختلفة، وفيما يلي بيان تلك الصور:

---

[١]) القانون الإداري، د. خالد خليل الظاهر، دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان/ ١٤١٧هـ، ١٩٩٧م، ص ٢٥٣، القانون التجاري، د. عزيز العكيلي، ص ٦٩.

[٢]) القانون التجاري، الدكتور علي حسن يونس، دار الفكر العربي/ مصر، ١٩٥٩م، ص ١١٤.

الصورة الأولى: الاتفاق على أن يكون دفع الثمن مؤجلاً بحيث يتزامن مع تسليم السلعة، أو يتقدم أحدهما على الآخر في التأجيل حسب شروط العقد[1]، فإن كان تقديم الثمن باشتراط البائع فلا بأس به إن كان تطوعاً من المشتري، لأن العقد جائز وليس لازماً.

الصورة الثانية: يدفع المشتري عربوناً يحسب من ثمن البضاعة، أو تأميناً أو ضماناً مالياً يحسب من ثمن السلعة المؤجل تسليمها، لتأكيد التزامه بقبول المبيع إذا جاء مطابقاً للوصف[2].

الصورة الثالثة: يدفع كل من المتعاقدين مبلغاً من المال يحسب على أساس نسبة الثمن لضمان التزام كل منهما بالعقد وتنفيذه، ويودع لدى طرف ثالث، أو عند إدارة السوق كي تضمن تنفيذ العقد بين الطرفين، ثم يعاد للبائع ما دفعه عند التنفيذ ويحسب ما دفعه المشتري جزءاً من الثمن الكلي، والقصد الأساسي من إبرام العقد، هو التبادل الفعلي للسلع وحصول المشتري على السلعة المطلوبة لتلبية احتياجاته، والبائع على الربح وتسويق منتجاته، بمثابة ضمان لتنفيذ كل طرف التزاماته، وهو الباعث لكل من المتعاقدين.

الصورة الرابعة: تسليم السلعة على دفعات متفاوتة ودفع الثمن مؤجلاً، وهو ما يحدث غالباً في عقود التوريد وخاصة في عقود توريد مواد البناء لشركات المقاولات وما شابه ذلك.

الصورة الخامسة: اتفاق العاقدين بتسليم السلع على فترات متفاوتة منتظمة حسب احتياجه على أن يتم دفع الثمن كله أو بعضه مؤجلاً في وقت محدد بعد استيفاء كامل الدفعات المطلوبة، فيتم تسليم الثمن على دفعات أثناء فترة التوريد أو في نهاية العقد دون أن يتم التقيد بمواعيد تسلم المبيع، كما هو الحال في عقود التغذية في المطارات والمستشفيات ودور الإيتام وغيرها من العقود المشابهة يستوفي لها كافة الصفات والنوعيات والمستويات المطلوبة، وتسليمها حسب جدول زمني معين، وهذا غالباً ما يحدث في عقود التوريد الإدارية وتسمى الدفعة المالية بالمستخلص المالي.

وهذه الاتفاقيات أنه إن كان مورد عقد التوريد على شيء يحتاج إلى صناعة، فيمكن تقعيدها على أساس الاستصناع، كما مرَّ حكمه في موضعه، وكذلك إن كان المستوردُ يُعجل الثمن بكامله عند العقد، فهذا عقدٌ يأخذ حُكم السلم، فيجوز بشروطه المعتبرة الموجودة في كتب الفقه شرعاً.

أما إذا كان محل التوريد شيئاً لا يحتاج إلى صنعة، ولا يُمكن تخريجه على أساس السلم، فننظر إلى اتفاقية التوريد بعد إمعان النظر وإعمال الفكر في عقد التوريد المستحدث، فإن تمخض من خلاله تفاهماً ومواعدة من الطرفين في كونها في عامة الأحوال لا تكون ملزمة، فلا بأس به لأنه عقد مضاف إلى مستقبل، فلا ينعقد إلا عند تسليم المبيعات وفق البيع الفعلي، فالإشكال الوحيد إذن هو في كون هذه المواعدة ملزمة للطرفين، ففي حالة الزامها فهذه الاتفاقيات على أساس حاجة تجارية حقيقية فمحل نظرٍ، لعدم انعقاده بيعاً أو شراءً، لأنه يتأجل فيه البدلان، ولأن محل

[1]) فقه المعاملات الحديثة، د. عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، ص ٦٥.

[2])الفقه البيوع على المذاهب الأربعة مع تطبيقاته المعاصرة مقارناً بالقوانين الوضعية، ٩٥/١.

التوريد لا يملكه البائع عند التوقيع على الاتفاقية بل ربما يكون معدوماً فيستلزم بيعاً للمعدوم وهو ممنوع[1].

ولا شكّ أن حاجة إلزام المواعدة في اتفاقيات التوريد ظاهرة، وضرر أحد الفريقين عند عدم لزومها في زماننا عادة بيّنٌ لا يحتاج إلى توضيح، فربما يفضي إلى الإضرار بعموم الناس إذا لم يكن ملزماً، وقد ذكر بعض الفقهاء أن المواعدة قد تُجعل لازمة لحاجة الناس، من خلال طرحهم للتعامل عن بيع الوفاء، "وإن ذكرا البيع من غير شرط، ثم ذكرا الشرط على وجه المواعدة جاز البيع، ويلزمه الوفاء بالوعد، لأن المواعدة قد تكون لازمةً، فتُجعل لازمةً لحاجة الناس"[2]، وكذلك يظهر من كلام الإمام الجصاص في تفسيره لقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفۡعَلُونَ ﴾[3]، فذم الله على ترك الوفاء، وإنما يستدل وفق مراد المشترين لتلبية طلباتهم، من طريق الأعمال التجارية الهادفة إلى الربح، وهو بذلك يقلل من مخاطر كساد بضاعته لأنه ينتجها بعد أن يتعاقد عليها، فاقتضى ذلك فعل المَقُول بعينه، والوفاء بالعهد إنما هو فعل المعهود بعينه الذي الزم نفسه وأوجب على نفسه عقداً لزمه الوفاء به، إذ ترك الوفاء به يوجب أن يكون قائلاً ما لا يفعل، وقد ذم الله فاعل ذلك، وكذلك الوعد بفعل يفعله في المستقبل وهو مباح[4].

❖ **طرق إبرام عقد التوريد:**

لقد جرى العرف العام لكثير من الشركات المنتجة لصنوف من السلع والمنافع أن تجعل لها في كل دولة من دول العالم وكيلاً يتولى استيراد إنتاجها وبيعه في بلده على سبيل الحصر، ومن المعلوم إذا تأملنا في عقود التوريد الخاصة أو الإدارية وجدناه أنه يتم اختيار المتعاقد بها من خلال أحد الطرق الآتية:

الطريقة الأولى: المناقصة: هي طريقة تستهدف اختيار من يتقدم بأقل عطاء في إنجاز عمل معين مع مطابقته للشروط والمواصفات، بحسب ما يتوفر لها من حرية التنافس بين الراغبين، وهي نوعان[5]:

أ- المناقصة العامة: حيث يسمح بالاشتراك لمن يشاء ممن تتوفر فيه الشروط، ويتم الإعلان عنها تحقيقاً لمبدأ المنافسة، وتقوم على مبدأ إتاحة الفرص المتساوية أمام المتنافسين الذين تتوفر فيهم الشروط.

ب- المناقصة المحدودة: فهي التي يقتصر الاشتراك فيها على عدد محدود من المناقصين الذين تتوفر فيهم القدرة على القيام بالعمل، وتكون الدعوة لهذه المناقصة بتوجيه خطابات للأشخاص العاملين في النشاط المطلوب، وتكون الأعمال المطروحة في

---

[1]) ينظر: المهذب، الشيرازي ١٣٥/٢، الهداية في شرح بداية المبتدي، ٤٨/٣، بداية المجتهد، ٢٢٨/٣، المبدع في شرح المقنع، ٥٥/٤.

[2])الفقه البيوع على المذاهب الأربعة مع تطبيقاته المعاصرة مقارناً بالقوانين الوضعية، ٩٦/١.

[3]) سورة الصف: الآية ٢.

[4]) ينظر: أحكام القرآن، الجصاص،٣٧٢/٢ و ٥٩١/٣.

[5]) ينظر: فقه المعاملات الحديثة، د. عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، ص ٩٩- ١٠٠.

هذه المناقصة مما يستلزم إمكانيات خاصة لا تتوفر عادة إلا لدى عدد محدود من المؤسسات أو الشركات المشهود لها بالكفاءة من الجهات الفنية الرسمية.

الطريقة الثانية: الممارسة: تعني دعوة عدد من الموردين ومفاوضتهم علناً على ما يتقدمون به من أسعار وشروط تمهيداً للاختيار منها، وتتم الممارسة بواسطة لجنة تتولى مناقشة الموردين في جلسات علنية ومفتوحة للموردين أو مندوبيهم ثم ترفع اللجنة توصياتهم بالنتيجة إلى السلطة المختصة ما لم تكن مفوضة بالتعاقد مباشرة[١].

الطريقة الثالثة: التأمين المباشر: ويعني التعاقد بطريق الاتفاق المباشر بين المورد والمستورد من غير مناقصة أو ممارسة ويكثر في عقود التوريد الخاصة ويقل في عقود التوريد الإدارية حيث قصرته الأنظمة في حالات معينة حددت فيها القيمة القصوى للعقد[٢].

ولأجل معرفة ما يقع في العقود التجارية اليوم يُناسبُ أن نُلقيَ نظرةً في هذا المجال السائد، فيظهر أن المواعدة ليست عقداً، ولا تنتج عنها آثار العقد، ولا المديونية إلا في التاريخ الموعود، بل يجب عند ذلك أن يتم الإيجاب والقبول من الطرفين، على أنه إن عرض لأحد الطرفين في المواعدة عذرٌ حقيقيٌّ مقبول منعه من إنجاز الوعد وإلا يترتب عليه انجاز العقد بكون المواعدة لازمة، فيجبر من قبل السلطان إن أخل أحدهما بالوفاء بوعده بدون عذرٍ مقبول، يتسبب تضرر بالآخر من الضرر الفعلي الذي أصاب الفريق الآخر بسبب تخلفه عن الوفَاء.

فلا سبيل لتصحيح هذه العملية التي لا غنى عنها في التجارات الدولية إلا بأن تعتبر هذه الاتفاقيات مواعدة لعقد البيع بعد تحقق شروط متفق عليها، وأن اتفاقية البيع لا يمكن إنجازها في غالب الأحوال إلا عن طرق فتح الاعتماد المصرفي، التي تعدُّ مختلفة تماماً عن عقد البيع، فإن الاتفاقية لا تعدو من أن تكون مواعدةً ملزمة، وإنما يُعقد البيع بعدها بالإيجاب والقبول، أو بالتسليم والتسلم على أساس التعاطي، وإنّ كثيراً من بيوع عقد التوريد في عصرنا تقع على هذا الأساس، حيث تُوقع اتفاقية البيع قبل انجاز البيع، لأن إنجاز البيع يتوقف عادةً بتوفر الشروط المتفق عليها، فلا سبيل لتصحيح هذه العمليات إلا على أساس المواعدة الملزمة للطرفين[٣].

الخطوط الأولى التي يرتبط من خلالها المتعاقدان بمثل هذا العقد تبدأ بعرض البائع في البلد المصدر بيع سلعته على أساس نموذج أو على أساس مواصفات معينة معروفة ليسلم الكمية التي يتعاقد عليها في المستقبل على أن يدفع ثمنها عند التسليم أو قبله أو بعده إذا كانتْ العملية تتضمن تمويلاً من واحد منهما للآخر[٤].

---

[١]) عقود التوريد، د. منذر قحف، دراسة اقتصادية مقدمة لمجمع الفقه الإسلامي بجدة، ١٤١٤هـ، ص٣- ٥.
[٢]) ينظر: فقه المعاملات الحديثة، د. عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، ص ١٠٠، الفقه البيوع على المذاهب الأربعة مع تطبيقاته المعاصرة مقارناً بالقوانين الوضعية، ٩٩/١- ١٠٠.
[٣]) اتفاقية البيع يعني مواعدة أو التزام من الطرفين بإنجاز البيع في تاريخ لاحق، أو بعد تحقق بعض الشروط، ولا ينتقل بها ملك المبيع إلى المشتري في الحال بل يتوقف على إنجازه في زمن لاحق، بينما عقد البيع تُنجز في الحال وينتقل بها ملك المبيع إلى المشتري فور تمام الايجاب والقبول، ولا يتوقف ذلك على أمرٍ آخر.
[٤]) ينظر: عقود التوريد، د. منذر قحف، دراسة اقتصادية مقدمة لمجمع الفقه الإسلامي بجدة، ١٤١٤هـ، ص ٥.

الفرع الثالث: شواهد اتفاقية عقد التوريد

❖ شواهد من القران الكريم:

قال الله تعالى حاكيا عن نبيه شعيب: ﴿ قَالَ إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖ ﴾[1]، قال الإمام العيني: "فَإِن قلت: كَيفَ يَصح أَن ينكحه أحدى ابْنَتَيْهِ من غير تَمْيِيز؟ قلت: لم يكن ذَلِك عقد النِّكَاح، وَلَكِن مواعدة ومواضعة أمر قد عزم عَلَيْهِ، وَلَو كَانَ عقدا لقَالَ: قد أنكحتك، وَلم يقل: إِنِّي أُريد أَن أنكحك"[2]، فهنا يتبين بوضوح من خلال ظاهر العبارة أن الإمام العيني اعتبر ذلك مواعدةً ملزمة، وفرّق بينه وبين العقد.

قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ ﴾[3]، ووجه الاستدلال بالآية أنها أمرت بالوفاء بالعقود أمراً عاماً مطلقاً دون تعين لنوع العقد، فشملت العقود التي عقدها الله علينا وألزمنا بها، والعقود التي تقع بين الناس بعضهم مع بعض كالبيع والاستصناع والتوريد وغيرها، وبكل عقد يتعارفه الناس ويحقق مصالحهم، ما دام العقد لا يتعارض مع قواعد الشريعة وأصولها[4].

قال الله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ وَلۡيَكۡتُب بَّيۡنَكُمۡ كَاتِبُۢ بِٱلۡعَدۡلِۚ ﴾[5]، وعقد التوريد نوع دين، قال الإمام ابن قدامه: "وَهُوَ نَوْعٌ مِنْ الْبَيْعِ، يَنْعَقِدُ بِمَا يَنْعَقِدُ بِهِ الْبَيْعُ، وَبِلَفْظِ السَّلَمِ وَالسَّلَفِ، وَيُعْتَبَرُ فِيهِ مِنْ الشُّرُوطِ مَا يُعْتَبَرُ فِي الْبَيْعِ، وَهُوَ جَائِزٌ بِالْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَالإجماع، وَرَوَى سَعِيدٌ بِإِسْنَادِهِ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ، أَنَّهُ قَالَ: أَشْهَدُ أَنَّ السَّلَفَ الْمَضْمُونَ إلى أَجَلٍ مُسَمًّى قَدْ أَحَلَّهُ اللَّهُ فِي كِتَابِهِ، وَأَذِنَ فِيهِ، ثُمَّ قَرَأَ هَذِهِ الآيَةَ. وَلأَنَّ هَذَا اللَّفْظَ يَصْلُحُ لِلسَّلَمِ. وَيَشْمَلُهُ بِعُمُومِهِ"[6]، وعلى هذا فسوف يكون كل عقد عرفي ولو كان جديداً لم يكن متعارفاً عليه عند نزول النص يجب الوفاء به إذا كان مشتملاً على الشروط التي اشترطها الشارع في المتعاقدين أو العقد.

❖ شواهد من السنة المطهرة:

عَنْ أَبِي سَعِيدٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قَالَ: "انْطَلَقَ نَفَرٌ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي سَفْرَةٍ سَافَرُوهَا، حَتَّى نَزَلُوا عَلَى حَيٍّ مِنْ أَحْيَاءِ العَرَبِ، فَاسْتَضَافُوهُمْ فَأَبَوْا أَنْ يُضَيِّفُوهُمْ، فَلُدِغَ سَيِّدُ ذَلِكَ الحَيِّ، فَسَعَوْا لَهُ بِكُلِّ شَيْءٍ لاَ يَنْفَعُهُ شَيْءٌ، فَقَالَ بَعْضُهُمْ: لَوْ أَتَيْتُمْ هَؤُلاَءِ الرَّهْطَ الَّذِينَ نَزَلُوا، لَعَلَّهُ أَنْ يَكُونَ عِنْدَ بَعْضِهِمْ شَيْءٌ، فَأَتَوْهُمْ، فَقَالُوا: يَا أَيُّهَا الرَّهْطُ إِنَّ سَيِّدَنَا لُدِغَ، وَسَعَيْنَا لَهُ بِكُلِّ شَيْءٍ لاَ يَنْفَعُهُ، فَهَلْ عِنْدَ أحد مِنْكُمْ مِنْ شَيْءٍ؟ فَقَالَ بَعْضُهُمْ: نَعَمْ، وَاللَّهِ إِنِّي لَأَرْقِي، وَلَكِنْ وَاللَّهِ لَقَدِ اسْتَضَفْنَاكُمْ فَلَمْ تُضَيِّفُونَا، فَمَا أَنَا بِرَاقٍ لَكُمْ حَتَّى تَجْعَلُوا لَنَا جُعْلًا، فَصَالَحُوهُمْ عَلَى قَطِيعٍ مِنَ

---

[1]) سورة القصص: من الآية ٢٧.
[2]) عمدة القاري شرح صحيح البخاري، العينى، ٨٥/١٢.
[3]) سورة المائدة: من الآية ١.
[4]) ينظر: الاشباه والنظائر، السبكي، ١٨٨/٢.
[5]) سورة البقرة: من الآية ٢٨٢.
[6]) المغني، ٢٠٧/٤.

الغَنَم، فَانْطَلَقَ يَتْفِلُ عَلَيْهِ، وَيَقْرَأُ: الحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ العَالَمِينَ فَكَأَنَّمَا نُشِطَ مِنْ عِقَالٍ، فَانْطَلَقَ يَمْشِي وَمَا بِهِ قَلَبَةٌ، قَالَ: فَأَوفَوْهُمْ جُعْلَهُمُ الَّذِي صَالَحُوهُمْ عَلَيْهِ، فَقَالَ بَعْضُهُمْ: اقْسِمُوا، فَقَالَ الَّذِي رَقَى: لاَ تَفْعَلُوا حَتَّى نَأْتِيَ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَنَذْكُرَ لَهُ الَّذِي كَانَ، فَنَنْظُرَ مَا يَأمرنَا، فَقَدِمُوا عَلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَذَكَرُوا لَهُ، فَقَالَ: ((وَمَا يُدْرِيكَ أَنَّهَا رُقْيَةٌ)) ، ثُمَّ قَالَ: ((قَدْ أَصَبْتُمْ، اقْسِمُوا، وَاضْرِبُوا لِي مَعَكُمْ سَهْمًا)) فَضَحِكَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ"[1].

الحديث ينص صراحة على جواز اتفاقية التوريد في المنافع الطبية والعلاجية مقابل بدل متفق عليه، وهذا الجواز واضح من إقرار النبي صلى الله عليه وسلم لعمل الصحابة، ومشاركته في قسمة البدل، بل أبدأ إعجابه بصنيع الصحابة، وطالباً له نصيب من البدل[2].

شواهد في المذاهب الفقهية:

❖ في الفقه الحنفي:

قال صاحب الاختيار: "(وَلَا بُدَّ مِنْ مَعْرِفَةِ الْمَبِيعِ مَعْرِفَةً نَافِيَةً لِلْجَهَالَةِ) قَطْعًا لِلْمُنَازَعَةِ، فَإِنْ كَانَ حَاضِرًا فَيَكْتَفِي بِالْمُبَاشَرَةِ، لأنها مُوجِبَةٌ لِلتَّعْرِيفِ قَاطِعَةٌ لِلْمُنَازَعَةِ. وَإِنْ كَانَ غَائِبًا، فَإِنْ كَانَ مِمَّا يُعْرَفُ بِالْأُنْمُوذَجِ كَالْكَيْلِيِّ وَالْوَزْنِيِّ وَالْعَدَدِيِّ الْمُتَقَارِبِ فَرُؤْيَةُ الْأُنْمُوذَجِ كَرُؤْيَةِ الْجَمِيعِ، إِلَّا أَنْ يَخْتَلِفَ فَيَكُونَ لَهُ خِيَارُ الْعَيْبِ، فَإِنْ كَانَ مَا لَا يُعْرَفُ بِالْأُنْمُوذَجِ كَالثِّيَابِ وَالْحَيَوَانِ فَيَذْكُرُ لَهُ جَمِيعَ الْأوصَافِ قَطْعًا لِلْمُنَازَعَةِ وَيَكُونُ لَهُ خِيَارُ الرُّؤْيَةِ"[3].

قال الإمام الكاساني: "لِأَنَّ الثَّمَنَ فِي الذِّمَّةِ فَلَا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ إلَّا بِالْقَبْضِ فَيُسَلَّمُ الثَّمَنُ أولًا لِيَتَعَيَّنَّ فَتَتَحَقَّقُ الْمساواة، وَإِنْ كَانَ الْمَبِيعُ غَائِبًا عَنْ حَضْرَتِهِمَا فَلِلْمُشْتَرِي أَنْ يَمْتَنِعَ عَنْ التَّسْلِيمِ حَتَّى يَحْضُرَ الْمَبِيعُ؛ لِأَنَّ تَقْدِيمَ تَسْلِيمِ الثَّمَنِ لِتَتَحَقَّقَ الْمساواة، وَإِذَا كَانَ الْمَبِيعُ غَائِبًا لَا تَتَحَقَّقُ الْمساواة بِالتَّقْدِيمِ"[4].

❖ في الفقه المالكي:

قال الإمام أبن الجَلَّاب[5] المالكي: "باب بيع الصفات والبرامج: ولا بأس ببيع الأعيان الغائبة على الصفة، فإن وافقت الصفة لزم البيع فيها، ولم يكن للمشتري خيار الرؤية، وإن خالفت الصفة فالمشتري بالخيار في إجازة البيع، أو رده... وإن كانتْ السلعة المبيعة على الصفة مأمونة فلا بأس بنقد ثمنها، وإن كانت غير مأمونة فلا ينقد ثمنها قبل قبضها، ولا بأس ببيع البرامج إذا كانتْ فيه الصفات التي تكون في السلعة"[6].

---

[1]) صحيح البخاري، باب ما يعطى في الرقية على أحياء العرب، رقم الحديث ٢٢٧٦، ٩٢/٣.

[2]) عقد المقاولة والتوريد في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، علي عبد الأحمد، الجامعة الأردنية، سنة ١٩٩٥م، ص ١٢٧.

[3]) الاختيار، ٥/٢.

[4]) بدائع الصنائع، ١١٢/١.

[5]) هو عبيد الله بن الحسين بن الحسن أبو القاسم، ابن الجلاب: فقيه مالكي، من أهل البصرة توفي عائدا من الحج. ومن كتبه "التفريع في الفقه مذهب مالك، ومسائل الخلاف". ينظر: الأعلام، ١٩٣/٤.

[6]) التفريع، أبو القاسم عبيد الله بن الحسين المعروف بأبن الجَلَّاب، تحقيق ودراسة حسن بن سالم الدهماني، دار الغرب الإسلامي/ بيروت، الطبعة الأولى عام ١٤٠٨هـ، ١٩٨٧م، ١٧٠/٢.

❖ **في الفقه الشافعي:**

قال الإمام أبن حجر الهيتمي[1]: " (وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ) فِي غَيْرِ نَحْوِ الْفُقَّاعِ كَمَا مَرَّ (بَيْعُ الْغَائِبِ) الثَّمَنِ أو الْمُثَمَّنِ بِأَنْ لَمْ يَرَهُ أحد الْعَاقِدَيْنِ، وَإِنْ كَانَ حَاضِرًا فِي مَجْلِسِ الْبَيْعِ وَبَالِغًا فِي وَصْفِهِ أو سَمْعِهِ بِطَرِيقِ التَّوَاتُرِ كَمَا يَأْتِي أو رَآهُ لَيْلًا وَلَوْ فِي ضَوْءٍ إنْ سَتَرَ الضَّوْءُ لَوْنَهُ كَوَرَقٍ أَبْيَضَ فِيمَا يَظْهَرُ فَإِنْ قُلْت صَرَّحَ ابْنُ الصَّلَاحِ بِأَنَّ الرُّؤْيَةَ الْعُرْفِيَّةَ كَافِيَةٌ، وَهَذَا مِنْهَا وَعِبَارَتُهُ لَوْ طَلَبَ الرَّدَّ بِعَيْبٍ فِي عُضْوٍ ظَاهِرٍ قَالَ لَمْ أَرَهُ إلَّا الْآنَ فَلَهُ الرَّدُّ؛ لِأَنَّ رُؤْيَةَ الْمبيعِ لَا يُشْتَرَطُ فِيهَا التَّحَقُّقُ بَلْ تَكْفِي الرُّؤْيَةُ الْعُرْفِيَّةُ قُلْت لَيْسَ الْعُرْفُ الْمُطَّرِدُ ذَلِكَ عَلَى أَنَّ كَلَامَهُ مُقَيَّدٌ بِمَا إذَا لَمْ يَكُنْ الْعَيْبُ ظَاهِرًا بِحَيْثُ يَرَاهُ كُلُّ مَنْ يَنْظُرُ إلى الْمبيعِ وَحِينَئِذٍ فَالْمُرَادُ بِالرُّؤْيَةِ الْعُرْفِيَّةِ هِيَ مَا يَظْهَرُ لِلنَّاظِرِ مِنْ غَيْرِ مَزِيدِ تَأَمُّلٍ وَرُؤْيَةُ نَحْوِ الْوَرِقِ لَيْلًا فِي ضَوْءٍ يَسْتُرُ مَعْرِفَةَ بَيَاضِهِ"[2].

قال الإمام سليمان الأزهري[3]: "وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ بَيْعُ الْغَائِبِ وَالثَّانِي وَبِهِ قَالَ الْأَئِمَّةُ الثَّلَاثَة يَصِحُّ الْبَيْعُ إنْ ذُكِرَ جِنْسُهُ أَيْ أو نَوْعُهُ وَإِنْ لَمْ يَرَيَاهُ وَيَثْبُتُ الْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي عِنْدَ الرُّؤْيَةِ... وَإِنْ وُصِفَ بِصِفَاتِ السَّلَمِ أَيْ وَلَوْ كَانَ أَيْضًا حَاضِرًا فِي مَجْلِسِ الْبَيْعِ وَبَالَغَ فِي وَصْفِهِ أو سَمِعَهُ بِطَرِيقِ التَّوَاتُرِ كَمَا يَأْتِي أو رَآهُ لَيْلًا وَلَوْ فِي ضَوْءٍ إنْ سَتَرَ الضَّوْءُ لَوْنَهُ كَوَرِقٍ أَبْيَضَ فِيمَا يَظْهَرُ وَلَا يُنَافِي ذَلِكَ مَا صَرَّحَ بِهِ ابْنُ الصَّلَاحِ مِنْ أَنَّهُ يُكْتَفي بالرُّؤْيَةِ الْعُرْفِيَّةِ مَعَ أَنَّ هَذَا مِنْهَا لأنه لَيْسَ الْعُرْفُ الْمُطَّرِدُ ذَلِكَ عَلَى أَنَّ كَلَامَهُ مُقَيَّدٌ بِمَا إذَا لَمْ يَكُنْ الْعَيْبُ ظَاهِرًا بِحَيْثُ يَرَاهُ كُلُّ مَنْ نَظَرَ إلى الْمَبيعِ وَحِينَئِذٍ فَالْمُرَادُ بِالرُّؤْيَةِ الْعُرْفِيَّةِ"[4] أي ما تعارف عليه الناس.

❖ **في الفقه الحنبلي:**

قال الإمام البهوتي: "(وَيَصِحُّ) الْبَيْعُ (بِصِفَةٍ) تَضْبِطُ مَا يَصِحُّ السَّلَمُ فِيهِ؛ لأنها تَقُومُ مَقَامَ الرُّؤْيَةِ فِي تَمْيِيزِهِ (وَهُوَ) أَيْ: الْبَيْعُ بِالصِّفَةِ (نَوْعَانِ: أحدهُمَا بَيْعُ عَيْنٍ مُعَيَّنَةٍ، سَوَاءٌ كَانَتْ الْعَيْنُ الْمُعَيَّنَةُ غَائِبَةً مِثْلَ أَنْ يَقُولَ: بِعْتُكَ عَبْدِي التُّرْكِيَّ وَيَذْكُرُ صِفَاتِهِ) الَّتِي تَضْبُطُ وَتَأْتِي فِي السَّلَمِ (أَوْ) كَانَتْ الْعَيْنُ الْمَبِيعَةُ بالصِّفَةِ (حَاضِرَةً مَسْتُورَةً، كَجَارِيَةٍ مُنْتَقِبَةٍ، وَأَمْتِعَةٍ فِي ظُرُوفِهَا... (وَ) النَّوْعُ (الثَّانِي) مِنْ نَوْعَيْ الْبَيْعِ بِالصِّفَةِ (بَيْعُ مَوْصُوفٍ غَيْرِ مُعَيَّنٍ، وَيَصِفُهُ بِصِفَةٍ تَكْفِي فِي السَّلَمِ إنْ صَحَّ السَّلَمُ فِيهِ) بِأَنْ انْضَبَطَتْ صِفَاتُهُ"[5].

فيشترط لصحة العقد على اتفاقية التوريد وفق النصوص التي مرّتْ أنفاً من باب البيع من خلال الشروط الأتية:

---

[1]) هو أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي السعدي الأنصاري، شهاب الدين شيخ الإسلام، أبو العباس: فقيه باحث مصري، مولده في محلة أبي الهيتم (من إقليم الغربية بمصر) وإليها نسبته، تلقى العلم في الأزهر، ومات بمكة. له تصانيف كثيرة، منها (مبلغ الأرب في فضائل العرب، الإيعاب في شرح العباب، الزواجر عن اقتراف الكبائر). ينظر: الأعلام، ٢٣٤/١.

[2]) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، أبن حجر الهيتمي، ٢٦٣/٤.

[3]) هو سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهري، المعروف بالجمل، له مؤلفات، منها (الفتوحات الإلهية، حاشية على تفسير الجلالين). ينظر: الأعلام، ١٣١/٣.

[4]) حاشية الجمل، ٣٩/٣.

[5]) ينظر: كشاف القناع عن متن الاقناع، ١٦٣/٣.

١) أن يكون فيما يمكن ضبط صفاته، لأن ما لا تضبط صفاته يختلف كثيراً فيفضي إلى النزاع، والمطلوب عدم النزاع، ولأن العلم شرط في البيع، وطريقه إما الرؤية وإما الوصف، والرؤية ممتنعة هنا فتعين الوصف[1].

٢) أن تحصل معرفة المبيع للمشتري برؤية متقدمة، ويتم القبض في فترة يؤمن تغيره فيها، والمهم هو قدرة البائع على إحضاره سالماً وقت حلول العقد مع اعتبار لبعد المسافة أو قربها وكذا الزمن.

٣) أن يبرم العقد من هذا النوع على أنه بيعٌ في الموعد المتفق عليه، وليس سلفاً أو سلماً كما هو مقرر عليه في قواعد المذاهب المعتمدة ضمن القيود والضوابط المنصوص عليها.

٤) كون المورد فيه عام الوجود في محله، أي أن يكون المعقود عليه موجوداً غالباً وقت حلول الأجل وكذا ثمنه، باعتبار العرف العام، فإذا لم يكن عام الوجود عند المحل بحكم الظاهر، فلم يمكن تسليمه فلم يصح بيعه[2].

---

[1]) القوانين الفقهية، ابن جزي الكلبي ، ص ١٧٨- ١٨٣.

[2]) ينظر: المدخل إلى الاقتصاد الإسلامي، ص ٢٠٤- ٢٠٥.

الفرع الرابع

الحكم الشرعي لعقد التوريد

اختلف العلماء المعاصرون في حكم عقد التوريد كما اختلف العلماء القدامى حول دور العرف في تطبيق بعض الأحكام الشرعية المتعلقة في العقود والتصرفات كتضمين الساعي وتضمين الأجير المشترك وعقد الاذعان، فقد اختلفوا حول طبيعة اتفاقية التوريد، فليس للتوريد طبيعة محددة ومصطلح ثابت في علم الاقتصاد والقانون وكذا في فكر الفقه والتشريع، فظهرت عدة تعاريف لها، تتفق فيما بينها من حيث المضمون وان اختلفت من حيث الشكل والصياغة، فقد اختلفتْ آراء العلماء إلى اتجاهات عدة، لكننا نستطيع حصرها في اتجاهين رئيسين، وبعد استعراض الآراء، سيقوم الباحث بمناقشة المسألة وترجيحها:

الفريق الأول – المجيزون للتعامل في عقد التوريد: فقد أجاز عقد التوريد عدد من العلماء إلى القول بجواز هذا البيع والقول بحله، منهم الشيخ مصطفي الزرقا، والدكتور الصديق الضرير، والدكتور عبد الوهاب أبو سليمان[١]، فقد ذهب أصحاب هذا الفريق إلى أن عقد التوريد عقد مستقل وإن شابه في بعض جوانبه السلم أو الاستصناع وأخذ بعض أحكامهما، إلا أنه لا يعتبر تابع لهما بالكلية، إذ قد يخالف أحكام السلم دون أن يحكم عليه بالبطلان مثل تأجيل الثمن عن مجلس العقد مثلاً، واستدلوا من الكتاب والسنة والقياس والمعقول.

- الكتاب: عموم الآيات الكريمات الدالة على حل جميع أنواع البيوع، إلا ما حرم الله تبارك وتعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم، كقوله تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ﴾[٢]، ويشمل ذلك عقد التوريد لأنه نوع من أنواع البيوع المشروعة لما فيها من تبادل المنافع بين المتعاقدين، وعلى هذا الأساس صرح الإمام الشافعي بقوله: " فَأصل الْبُيُوعِ كُلِّهَا مُبَاحٌ إذَا كَانَتْ بِرِضَا الْمُتَبَايِعَيْنِ الْجَائِزَيْ الأمر فِيمَا تَبَايَعَا إلَّا مَا نَهَى عَنْهُ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - مِنْهَا وَمَا كَانَ فِي مَعْنَى مَا نَهَى عَنْهُ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - مُحَرَّمٌ بِإِذْنِهِ دَاخِلٌ فِي الْمَعْنَى الْمَنْهِيِّ عَنْهُ، وَمَا فَارَقَ ذَلِكَ أَبَحْنَاهُ بِمَا وَصَفْنَا مِنْ إبَاحَةِ الْبَيْعِ فِي كِتَابِ اللَّهِ تعالى... أصل الْبَيْعِ بَيْعَانِ لَا ثَالِثَ لَهُمَا بَيْعُ صِفَةٍ مَضْمُونَةٍ عَلَى بَائِعِهَا، فَإِذَا جَاءَ بِهَا خِيَارٌ لِلْمُشْتَرِي فِيمَا إذَا كَانَتْ عَلَى صِفَتِهِ، وَبَيْعُ عَيْنٍ مَضْمُونَةٍ عَلَى بَائِعِهَا بِعَيْنِهَا يُسَلِّمُهَا الْبَائِعُ لِلْمُشْتَرِي فَإِذَا تَلِفَتْ لَمْ يَضْمَنْ سِوَى الْعَيْنِ الَّتِي بَاعَ وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ غَيْرِ هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ"[٣].

قوله تعالى: ﴿ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾[٤]، وجه الاستدلال بالآية الكريمة أنها تدل بعبارتها صراحة على أن الأصل في

---

[١]) ينظر: فقه المعاملات الحديثة، د. عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، ص ١٠٠، فتاوى الزرقا، مصطفى أحمد الزرقا، بعناية مجد مكي، دار القلم/ دمشق، ١٤٢٠ه، ١٩٩٩م، ص ٤٨٧- ٤٨٨، الغرر وأثره في العقود، الصديق الضرير، ١٣٨٦ه، ١٩٩٤م،ص ٣١٦.

[٢]) سورة البقرة: من الآية ٢٧٥.

[٣]) الام، ٣/٣.

[٤]) سورة النساء: من الآية ٢٩.

ثبوت الحق في مال الغير هو رضا صاحب هذا المال، إذا كان ذلك على سبيل التجارة والمعاوضة، وهذا أصل شرعي عام، فالتجارة شاملة لكثير من التصرفات والمعاملات التي تنشئ التزامات، ومن ضمنها عقد التوريد الذي يكون عن تراضٍ بين المورِّد والمورَّد له، ويبغي كل واحد منهما الكسب والربح، وهذا المعنى ثبت بنص الآية، وعلى هذا فسوف يكون كل عقد عرفي ولو كان جديداً لم يكن متعارفاً عليه عند نزول النص يجب الوفاء به إذا كان مشتملاً على الشروط التي اشترطها الشرع في مقومات العقد[1].

❖ السنة: ورد في السنة النبوية أدلة كثيرة تنهض بمشروعية عقد التوريد، وسنشير إلى بعضها:

عَنْ أَبِي سَعِيدٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قَالَ: "انْطَلَقَ نَفَرٌ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي سَفْرَةٍ سَافَرُوهَا، حَتَّى نَزَلُوا عَلَى حَيٍّ مِنْ أَحْيَاءِ العَرَبِ، فَاسْتَضَافُوهُمْ فَأَبَوْا أَنْ يُضَيِّفُوهُمْ، فَلُدِغَ سَيِّدُ ذَلِكَ الحَيِّ، فَسَعَوْا لَهُ بِكُلِّ شَيْءٍ لاَ يَنْفَعُهُ شَيْءٌ، فَقَالَ بَعْضُهُمْ: لَوْ أَتَيْتُمْ هَؤُلاَءِ الرَّهْطَ الَّذِينَ نَزَلُوا، لَعَلَّهُ أَنْ يَكُونَ عِنْدَ بَعْضِهِمْ شَيْءٌ، فَأَتَوْهُمْ، فَقَالُوا: يَا أَيُّهَا الرَّهْطُ إِنَّ سَيِّدَنَا لُدِغَ، وَسَعَيْنَا لَهُ بِكُلِّ شَيْءٍ لاَ يَنْفَعُهُ، فَهَلْ عِنْدَ أحد مِنْكُمْ مِنْ شَيْءٍ؟ فَقَالَ بَعْضُهُمْ: نَعَمْ، وَاللَّهِ إِنِّي لَأَرْقِي، وَلَكِنْ وَاللَّهِ لَقَدِ اسْتَضَفْنَاكُمْ فَلَمْ تُضَيِّفُونَا، فَمَا أَنَا بِرَاقٍ لَكُمْ حَتَّى تَجْعَلُوا لَنَا جُعْلًا، فَصَالَحُوهُمْ عَلَى قَطِيعٍ مِنَ الغَنَمِ، فَانْطَلَقَ يَتْفِلُ عَلَيْهِ، وَيَقْرَأُ: الحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ العَالَمِينَ فَكَأَنَّمَا نُشِطَ مِنْ عِقَالٍ، فَانْطَلَقَ يَمْشِي وَمَا بِهِ قَلَبَةٌ، قَالَ: فَأَوفَوْهُمْ جُعْلَهُمُ الَّذِي صَالَحُوهُمْ عَلَيْهِ، فَقَالَ بَعْضُهُمْ: اقْسِمُوا، فَقَالَ الَّذِي رَقَى: لاَ تَفْعَلُوا حَتَّى نَأْتِيَ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَنَذْكُرَ لَهُ الَّذِي كَانَ، فَنَنْظُرَ مَا يَأمرنَا، فَقَدِمُوا عَلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَذَكَرُوا لَهُ، فَقَالَ: ((وَمَا يُدْرِيكَ أَنَّهَا رُقْيَةٌ)) ، ثُمَّ قَالَ: ((قَدْ أَصَبْتُمْ، اقْسِمُوا، وَاضْرِبُوا لِي مَعَكُمْ سَهْمًا)) فَضَحِكَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ"[2].

وجه دلالة الحديث، وإن كان ينص في مشروعية الرقية إلا أنه يؤخذ منه مشروعية اتفاقية التوريد التي تتعلق به الخدمات الطبية والعلاجية مقابل بدل متفق عليه، وهذا الجواز واضح من إقراره صلى الله عليه وسلم لعمل الصحابة ومشاركته لهم في قسمة البدل، ولو لم تكن جائزة لما أقرها، بل كان مبدياً إعجابه بفضل الصحابة وطالباً أن يكون له نصيب من البدل.

❖ القياس: وعلى هذا إذا أردنا إنزاله على عقد من العقود المسماة، فحري أن ننزله على عقد البيع على الصفة ما يسمى أحياناً ببيع الصفات، وهو عقد أجازه أغلب الفقهاء[3]، فعقد التوريد يشترك معه في العلة، وهي غياب البدلين عن مجلس العقد وكذلك كون المبيع في كليهما موصوف في الذمة، وقد جمع أحد العلماء أوجه الشبه بين العقدين فعدها في ستة بنود وهي[4]:

١. إن العقد في كليهما قائم على أساس التوصيف الكامل للسلعة أو الرؤية السابقة أو أنموذج.

---

[1]) ينظر: الجامع لأحكام القرآن، تفسير القرطبي (المتوفى : ٦٧١هـ)، أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية – القاهرة، الطبعة : الثانية ، ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م، ١٥١/٥.

[2]) صحيح البخاري، باب ما يعطى في الرقية على أحياء العرب، رقم الحديث ٢٢٧٦، ٩٢/٣.

[3]) ينظر: البناية شرح الهداية، ٨١/٨، بداية المجتهد، ١٧٤/٣، الأم، ٤٠/٣، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ٢٨٧/٣، الفقه الإسلامي وادلته، د. وهبه الزحيلي، ٦٩٤/٤.

[4]) ينظر: فقه المعاملات الحديثة، د. عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، ص ٨٢ وما بعدها.

٢. غياب السلعة عن مجلس العقد في كلا العقدين.
٣. موضوع العقدين هو عموم السلع الضرورية والحاجيه والتكميلية والتحسينية.
٤. القصد الاساسي من العقدين هو التبادل الفعلي للسلع، بحصول المشتري على السلعة المطلوبة لتلبية احتياجاته واحتياجات السوق، وحصول البائع على الربح، وتسويق منتجاته، واطمئنان كل منهما على حصوله على ما يتم عليه العقد بالصفات، وفي الزمان والمكان المحددين في العقد.
٥. كلا العقدين يحققان مفهوم عقد البيع شرعاً فهماً من بيوع الصفات لا الأعيان.
٦. لا حضور للعوضين الثمن والمثمن أثناء العقد، وإنما يتم تسليم الثمن كله، أو دفع على أقساط بعد استلام المشتري للبضاعة.

وعليه مما تقدم يتبين أن عقد التوريد يشابه بيع الصفات سواء في محل العقد، أو صفته من غياب العوضين، وحتى مقاصده، إذاً فلا مانع من قياس عقد التوريد على المبيع الغائب على الصفة، وإعطائه حكمه أو اعتباره الصورة الحديثة لبيع الصفات[١].

❖ المعقول: إن عقد التوريد يمكن تنزيله على أصل آخر وهو المقتضى وانتفاء المانع، وذلك إذا اعتبرناه من العقود المستحدثة، إذ الأصل في المعاملات الإباحة، ومقتضى هذا العقد أنه بالوصف الذي ذكرناه له الخالي من المحظورات الشرعية كي يضمن تحقيق المصالح لكل أطراف العقد، فضلاً عن المجتمع ككل، والحاجة إلى مثل هذا العقد أصبحت اليوم ممتدة لتشمل مختلف الأمم على اختلاف مستوياتها، فهذه الامور بمجملها تمثل المقتضى لإباحة مثل هذا العقد[٢].

الفريق الثاني: المانعون لعقد التوريد: ذهب فريق من العلماء منهم القاضي محمد تقي العثماني،إلى أن عقد التوريد ليس عقداً مستحدثاً ومستقلاً بأحكامه الخاصة به، وإنما هو عقد تابع يتردد بين الاستصناع والسلم، فإن كان محل العقد يلزمه صناعة أخذ أحكام عقد الاستصناع، وإذا كان محل العقد سلعة لا يلزمها صناعة أخذ أحكام عقد السلم وكان سلماً، وعليه فإن عقد التوريد ليس عقداً مستقلاً، فإذا خالف شروط وأحكام عقدي السلم والاستصناع كان عقداً باطلاً، واستدلَّ أصحاب هذا الرأي بأحاديث من السنة والمعقول:

❖ السنة: إن المانع من صحة عقد التوريد هو صدق بيع الدين بالدين عليه، وقد ورد النهي بشأنه، كما أورد ذلك عَنِ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ((نَهَى عَنْ بَيْعِ الْكَالِئِ بِالْكَالِئِ))[٣]، ولأنها شغل لذمتين ذمة المورِّد وذمة المورَّد له، مع غياب العوضين عن مجلس العقد، فهو من قبيل بيع الدين بالدين، فإذا تمَّ العقد في غياب العوضين كانت السلعة ديناً في ذمة المورِّد والثمن ديناً في ذمة المورِّد له، وهذا داخل في النهي الوارد في نص الحديث.

[١]) الفقه الإسلامي وادلته، د. وهبه الزحيلي،٦٩٤/٤.
[٢]) ينظر: مقاصد الشريعة الإسلامية، ابن عاشور، ص ١٢٦- ١٢٨.
[٣]) هَذَا حَدِيثٌ صَحِيحُ الْإِسْنَادِ عَلَى شَرْطِ مُسْلِمٍ وَلَمْ يُخَرِّجَاهُ. ينظر: المستدرك على الصحيحين، الحاكم، ٦٥/٢.

فقد قال النبي محمد صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام: ((لا تبع ما ليس عندك))[١]، وفي هذا المقام أنَّ من أهم سمات وخصائص عقد التوريد واتفاقيته أنها مبنية في جوهرها وأساسها في بيع ما لا يملك، وهذا مخالف للقاعدة التي تقول: "لَا يجوز لأحد أَن يتَصَرَّف فِي ملك الْغَيْر بِلَا إِذْنه"[٢]،تشمل اذن الشارع وإذن المالك، ولم يأذن الشارع لمخالفته في مبدأ القبض قبل البيع، وألزم الناس باتباعه، فوجه الدلالة للنص الشريف، إن بيع المورِّد السلعة أن يملكها وربما قبل أن تصنع هو من قبيل بيع الإنسان ما ليس عنده، وكذلك من قبيل بيع المعدوم[٣].

- المعقول: إن المواعدة التي تكون بين الطرفين عند إنشاء العقد هي بمثابة إيجاب وقبول أي بمثابة العقد، والعوضان في عقد التوريد كما هو معلوم غائبان عن مجلس هذا الاتفاق، فالأمر بتلك الحالة كأنه عقد على غائب لذا وجب أن لا تكون المواعدة ملزمة للخروج من شبهة العقد على الغائب وهذا غير متحقق في اتفاقية التوريد[٤]، وقد صدر عن بعض المجامع الفقهية على عدم إلزام المواعدة قضاءً، حيث جاء عقد التوريد موافقاً للقول بتبعيته إلى عقدي الاستصناع أو السلم وخضوعه بالكامل لأحكامهما[٥].

خلاصة قولهم: إذا كان محل العقد شيئاً لا يلزمه صنعة ولم يتم تقديم أو تعجيل كامل الثمن في مجلس العقد، فإن هذا لا يجوز، لأنه مبنيٌ على المواعدة الملزمة والتي تشبه العقد نفسه، فيكون البيع هنا بيع دين بدين، وذلك لغياب العوضين عن مجلس العقد، بينما إذا لم تكن المواعدة ملزمة لأحد الطرفين (أي كانت وعداً وليس مواعدة) فإنه جاز تأجيل الثمن على أن يتم البيع بعقد جديد عند التسليم، أما العقد الأول فلا يعدو أن يكون اتفاقاً فقط، فيعقد مجلس جديد للعقد عند حضور العوضين أو أحدهما.

مناقشة أدلة المانعين:

بعد عرض أدلة كل من الفريقين، نناقش الأن أدلة المانعين لعقد التوريد على النحو الآتي:

الاستدلال بنهي بيع الدين بالدين فبعيدٌ، لإن عقد التوريد ليس فيه شغل لذمة أحد المتبايعين، ذلك أن العقد يظل جائزاً قابلاً للفسخ حتى يتم تسليم المبيع، والثمن مؤجل إلى حين تسليم المبيع، إلا أن يكون المشتري متطوعاً في تعجيل الثمن، وخلال هذه المدة كل ما يوثق العقد هو الاتفاق والوعد، ويبقى العقد جائزاً غير لازم قابل للفسخ حتى يتم التسليم والاستلام للعوضين، فأي شغل للذمة هذا في عقد جائز وقابل للفسخ.

وغاية ما في الأمر أن عقد التوريد يغيب فيه العوضان عن مجلس العقد، وليس معنى وجود هذه الشبهة فقط من بيع الدين بالدين كافية لإعطاء حكم بيع الدين بالدين لهذا العقد، لا بل اشار ابن القيم لهذا الأمر وجعله من أعظم الغلط بقوله: "وَمَنْ سَوَّى بَيْنَ الشَّيْئَيْنِ لِاشْتِرَاكِهِمَا فِي أمر

---

[١]) حديث صحيح لغيره، ينظر: مسند الإمام أحمد بن حنبل، المحقق: شعيب الأرنؤوط، ٢٦/٢٤.

[٢]) ينظر: شرح القواعد الفقهية، أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، ص ٤٦١.

[٣]) ينظر: الفقه على المذاهب الأربعة، الجزيري، ١٤٨/٢.

[٤])ينظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ١٣/٤، المغني، ٢٣٤/٤ وما بعدها.

[٥])ينظر: الجزاءات والضمانات في عقد التوريد في الفقه الإسلامي، محمد يوسف أبو جزر، رسالة لنيل شهادة الماجستير، ٢٠١١م، ص ١٥.

مِنْ الْأُمُورِ يَلْزَمُهُ أَنْ يُسَوِّيَ بَيْنَ كُلِّ مَوْجُودَيْنِ لِاشْتِرَاكِهِمَا فِي مُسَمَّى الْوُجُودِ، وَهَذَا مِنْ أَعْظَمِ الْغَلَطِ، وَالْقِيَاسُ الْفَاسِدُ الَّذِي ذَمَّهُ السَّلَفُ"[1]، ولقد ذكر العلماء صوراً كثيرة لبيع الدين بالدين ولكنهم لم ينصُّوا على صورة مشابهة لعقد التوريد[2].

وأما الاستدلال بحديث لا تبع ما ليس عندك ففيه نظر، بكون عقد التوريد داخل في بيع الإنسان ما لا يملك وبيع المعدوم، فيقوم الإمام البغوي ويوضح لنا بكلام مفصل معنى الحديث بقوله: "النَّهْيُ فِي هَذَا الْحَدِيثِ عَنْ بُيُوعِ الْأَعْيَانِ الَّتِي لَا يَمْلِكُهَا. أَمَّا بَيْعُ مَوْصُوفٍ فِي ذِمَّتِهِ فَيَجُوزُ فِيهِ السَّلَمُ بِشُرُوطِهِ، فَلَوْ بَاعَ شَيْئًا مَوْصُوفًا فِي ذِمَّتِهِ عَامَّ الْوُجُودِ عِنْدَ الْمَحَلِّ الْمَشْرُوطِ فِي الْبَيْعِ جَازَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الْمَبِيعُ مَوْجُودًا فِي مِلْكِهِ حَالَةَ الْعَقْدِ–كالتوريد-"[3]، ثم يؤكد الإمام الخطابي في ذلك بقوله: "لا تبع ما ليس عندك يريد بيع العين دون بيع الصفة، ألا ترى أنه أجاز السلم إلى الآجال وهو بيع ما ليس عند البائع في الحال وإنما نهى عن بيع ما ليس عند البائع من قبل الغرر وذلك مثل أن يبيعه عبده الآبق"، ومعلوم أن عقد التوريد من قبيل بيوع الصفات فلا يدخل ضمن النهي للصحابي حكيم بن حزام عن بيع ما ليس عنده، وأما ادعائهم أنه من قبيل المعدوم، فلان عدم جواز بيع المعدوم من الأمور التي لم يقف أحد على دليلها، لذا نجد ابن القيم يؤكد على ذلك بقوله: "إذْ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ وَلَا فِي سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وَلَا فِي كَلَامِ أحد مِنْ الصَّحَابَةِ أَنَّ بَيْعَ الْمَعْدُومِ لَا يَجُوزُ، لَا بِلَفْظٍ عَامٍّ وَلَا بِمَعْنَى عَامٍّ، وَإِنَّمَا فِي السُّنَّةِ النَّهْيُ عَنْ بَيْعِ بَعْضِ الْأَشْيَاءِ الَّتِي هِيَ مَعْدُومَةٌ كَمَا فِيهَا النَّهْيُ عَنْ بَيْعِ بَعْضِ الْأَشْيَاءِ الْمَوْجُودَةِ؛ فَلَيْسَتْ الْعِلَّةُ فِي الْمَنْعِ لَا الْعَدَمِ وَلَا الْوُجُودِ، بَلْ الَّذِي وَرَدَتْ بِهِ السُّنَّةُ النَّهْيُ عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ، وَهُوَ مَا لَا يُقْدَرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ، سَوَاءٌ كَانَ مَوْجُودًا أو مَعْدُومًا"[4].

وأما الاستدلال من جانب المعقول بإلحاق عقد التوريد بعقدي السلم والاستصناع، بقرار مجمع الفقه الإسلامي حيث كان مدار الاعتراض إثبات أن العقد مستقل أم تابع، فمن مآل إلى تبعيته قال بتوفر شروط السلم أو الاستصناع وهو ما ذهب إليه المجمع الفقهي، ومن مآل إلى استقلاليته قال بتضمن تطبيقه للعقد إذا جاء البائع بالمعقود عليه مطابق للمواصفات من غير وضع قيود أو شروط، فضلا عن القرار بحد ذاته عند إصداره أثار جدلاً واسعاً في أوساط الفقهاء والمختصين بالمعاملات المالية الإسلامية، حتى أنه جاء مخالفاً لأبرز الأبحاث التي قدمها الباحثون للمجمع بهذا الخصوص، وهذا ما أثار جدل وحفيظة المختصين بهذا الشأن[5].

<u>الترجيح:</u> وبالنسبة للمجيزين فقد ذهبوا إلى العمومات المتقدمة وهي دليل الصحة، لأن المهم هنا العلاقة المنتجة بين الدول والشركات المتعلقة بعقد التوريد، فقد أصبح حاجة عامة، وضرورة من ضرورات المعاملات المعاصرة، وقد استدل الفقهاء على جواز عقد التوريد بشموله قوله

---

[1]) إعلام الموقعين عن رب العالمين، ٦/٢.

[2])ينظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ١٣/٤، المغني، ٢٣٤/٤ وما بعدها.

[3])ينظر: نيل الأوطار، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (المتوفى: ١٢٥٠هـ)، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، دار الحديث، مصر، الطبعة: الأولى، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م، ١٨٤/٥.

[4]) إعلام الموقعين عن رب العالمين، ٧/٢.

[5]) ينظر: الفقه البيوع على المذاهب الأربعة مع تطبيقاته المعاصرة، ١٠٤/١ وما بعدها.

تعالى: ﴿ أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ ﴾[1]، لهذا العقد الجديد، كما أن هذا العقد يطلق عليه عند العرف بأنه تجارة عن تراض من الطرفين فيشمله قوله تعالى: ﴿ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾[2]، وقوله تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ ﴾[3]، فما دام يصدق على هذه المعاملة أنها عقد وتجارة وبيع فهو عقد مستقل لا يتبع لعقدي السلم والاستصناع وإن شابههما في بعض مواطن العقد أو أخذ أحكامهما الأصولية كالاستصناع تحت دليل العرف العام وهو دليل الصحة[4].

[1]) سورة المائدة: من الآية ١.
[2]) سورة النساء: من الآية ٢٩.
[3]) سورة البقرة: من الآية ٢٧٥.
[4]) ينظر: المدخل إلى الاقتصاد الإسلامي، ص ١٩٥ وما بعدها.

الفرع الخامس

أثر العرف في استنباط حكم عقد التوريد

لقد ذكرنا آنفاً حاجة الناس إلى عقود جديدة، ورأينا أن الشريعة الإسلامية قادرة على النهوض بتلك الحاجة ضمن حدود المباح من قواعد المعاملات، ولذلك فللمسلمين أن يستحدثوا العقود التي يحتاجون إليها ما دامت منضبطة بالاعتبارات والأدلة المقررة، وهنا يأتي دور اعتبار العرف العام ويترك القياس، لأن أعراف البلدان وتعامل الناس باتفاقية عقد التوريد بكونه عملية بيع وشراء تجري وفق تعارف بعض البلاد بذلك من خلال الاستمرارية والانتظام، يقول الإمام السرخسي: "وَالْقِيَاسُ يُتْرَكُ بِالْعُرْفِ كَمَا فِي الِاسْتِصْنَاعِ، ثُمَّ فِيهِ مَنْفَعَةٌ فَإِنَّ النَّسَّاجَ يُعَجِّلُ بِالنَّسِيجِ وَيَجِدُّ فِيهِ إذَا كَانَ لَهُ فِي الثَّوْبِ نَصِيبٌ[1]".

ولا شك أن اتفاقية التوريد حق ثابت، والوجود لمقومات العقد غير متحققة وغير موجود عند البائع أثناء التفاهم، تنقلب بيعاً بصفةٍ تلقائية عند وجود الشرط الموقوف عليه، فإن الوعد من الجانبين لا ينشأ به دين على أحدهما بل هو التزام تبادليٌّ، ثمّ يتمّ البيع عند التسليم والتسلم، إما بإيجاب وقبول من جديد أو بالتعاطي، لأن الأتفاقية هو للحقِّ في الحصول على إنشاء بيع في المستقبل، فإذا أُعتبر العرف ذلك الحق ملزماً فإنه يكون عقد التوريد، إذ التوريد عرفيٌّ والتقوم شرعيٌّ.

وعلى كل حال فالأمر يتعلق باعتبار العرف العام عند مخالفة القياس، رغم احتوائه على لفظ العقد إلا أنه اتفاقية وإن سُمّي عقداً لكونه لا ينقل ملكاً ولا حقاً في المبيع، واستعمالنا لفظ العقد أمر لا غبار عليه، فهو وإن كان لفظ العقد يتضمن شيئاً مملوكاً تُعقد فيه الصفقة، إلا إنّه يمكن تخصيصه عرفاً بشيوع التعامل، فيكون مصطلح العقد من خلال المعنى التقليدي والحقيقة العرفية عند التعارف على ذلك.

وبناء على هذا يظهر أن اتفاقية التوريد تعدو بأن تكون مواعدةً من الجانبين لإنشاء بيع في المستقبل، ومجرد إطلاق كلمة العقد على الاتفاقية لا يعني أنه بيعٌ ناجزٌ، لأنه في معنى المواعدة الملزمة على الطرفين، فيجبر الممتنع على تنفيذ البيع عن طريق القضاء أو تحمل التعويض إذا حصل ضررٌ فعليٌّ، مع مراعاة الأحكام الخاصة بهذه الجزئية، وفق تداول عقد التوريد من الناحيتين الاقتصادية وموافقة التطبيق الفعلي للنصوص التشريعية وتأثيره الاقتصادي، فلا غبار بهذا الاعتبار فالتخصص السوقي أمر عُرِفَ قديماً وحديثاً[2].

الموضوع يحتاج إلى تفصيلات في اتفاقية التوريد، وهذا الأمر يتكفل الاقتصاديون بالبحث المعمق فيه، وبعد استيفاء الإجراءات بحسب كل نظام تشريعي، فيأتي دور المشرِّع الوضعي بصياغة ما يستقر عليه المشرِّعون من أحكام تجري نتيجة المواعدة في البيوع عن طريق فتح الاعتماد المصرفي، وذلك لأن الاعتماد المصرفي إنما يُفتح عادة حينما تكون عند فاتح الاعتماد اتفاقية بيعٍ ملزمةٌ للطرفين، للوصول إلى تخريج المسألة المستنبطة بناء على الأصول التي بنى عليها الاستنباط، فإن اندرج الفرع الجديد وهو عقد التوريد تحت مظلة أصل من الأصول فإن

---

[1]) المبسوط، السرخسي، ٩٠/١٥.

[2])الفقه البيوع على المذاهب الأربعة مع تطبيقاته المعاصرة مقارناً بالقوانين الوضعية، ١٠٩/١.

حكمه يسحب إليه، والعقدان الأقربان لعقد التوريد هو المبيع الغائب على الصفة وعقد الاستصناع، ولكن اعتباره عقداً مستحدثاً أولى لمفارقته لبيع الصفة وعقد الاستصناع من بعض الجوانب وإن كانا يتعلقان بصحتهما العرف، حيث إن البيع ورد الشرع بحله مطلقاً، ولم يثبت أنه اشترط فيه لفظاً ولم يبين كيفيته، فيرجع في ذلك إلى العرف[١].

والذي يبدو لي أن عقد التوريد جائز شرعاً وعقلاً لأنه لا يتنافى مع أدلة الشرع ومقاصده، ولأنه يقوم على رعاية المصالح العامة في العقود والتصرفات، وتبرز أهميته في تنشيط الحركة التجارية والصناعية وفتح مجالات واسعة للتمويل والنهوض بالاقتصاد، ولأن فيه تسهيلاً وتيسير على الناس ورفعاً للحرج والمشقة التي تلحق بهم في حالة الجمود والركود الاقتصادي، في ظل التطور الاقتصادي الهائل في كافة المجالات الحياة.

كما ويمكن أحداث أنواع جديدة من العقود كعقد التوريد والاذعان وحق الابتكار والحقوق العرفية، وليس الأمر توقيفياً في الوقوف عند عددها وأسمائها الموجودة في زمن النبوة، وقد تكون هذه المعاملات بعد التحري عن خلوها من المحظور، وهي من الأنواع الجائز إضافتها لأنواع المعاملات الموروثة ولا ضير في ذلك، وعقد التوريد جائز عرفاً وعقلاً، لأنه لا يتنافى مع أدلة الشرع ومقاصده، ولأنه يقوم على رعاية المصالح العامة في العقود والتصرفات، وهذا النفع لابد من تثبيته عملاً بالقاعدة الفقهية: "التصرف على الرعية منوط بالمصلحة[٢]".

وتأسيساً على ما تقدم، حيث تبرز أهمية اتفاقية التوريد في تنشيط الحركة التجارية والصناعية وفتح مجالات واسعة للتمويل والنهوض بالاقتصاد، ولعدم وجود دليل صريح للتحريم، فالكلام فيه سعة للدراسة والتحليل، ولأن فيه تيسيراً وتسهيلاً على الناس ورفعاً للحرج والمشقة التي قد تلحق بهم في حالة الجمود والركود الاقتصادي في ظل التطور الاقتصادي الهائل في كافة مجالات الحياة، المتعلقة ببيع الغائب وبعدم الرؤية التي لا تفضي إلى المنازعة مع وجود الخيار، حيث لا يفسد البيع لتعارف الناس بذلك، وذلك لأن:

١. العرف الذي نحن بصدده هو عرف عامٌ عملي، لشيوع التعامل به في مختلف المجالات بل في مختلف البلدان.
٢. وأن هذا العرف متوارث (أي يتصف بصفة الاستمرارية)، وما زال معمولاً في جميع البلدان.
٣. وأن هذا العرف لم يصطدم بنص قطعي ثابت في هذا الباب، فهو صحيح بحسب الشروط، إذ الأصل الحل في المعاملات، ولتعارف الناس التعامل به، وعدم ما يمنع منه شرعاً.

[١]) ينظر:أثر الادلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، د. مصطفى ديب البُغا، ٣٠٧/٢ وما بعدها.
[٢]) مجلة الأحكام العدلية، ص ٢٢، شرح القواعد الفقهية، أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، ص ٣٠٩.

الخاتمة

تشتمل هذه الخاتمة على أهم ما اشتملته هذه الأطروحة، وقد أفدت منها فوائد جمة وتوصلت إلى نتائج عدة وبعض التوصيات، وهي مرتبة على فصول الرسالة ومباحثها ومطالبها وفرعيها على النحو الآتي:

الأولى: تبين حقيقة الاستحسان من الناحيتين الشكلية والموضوعية، واعتمدنا أنه مفهوم عام يطلق على استثناء بعض الجزئيات من حكم الدليل العام لدليل خاص، لولاه لأدى الأمر إلى وقوع المشقة والحرج.

ولهذا فإن الاستحسان له شكل ومضمون، أما الشكل فهو الاستثناء واخراج الجزئية من حكم نظائرها، وأما المضمون فهو التيسير والتخفيف.

الثانية: إن الاستحسان يُعد طريقاً ممهّداً لتحصيل أحكام كثير من الوقائع والنوازل المعاصرة، سواء كان بتطبيقه منهجاً للحصول على الأحكام، أو بتوسيع مجال ما استُحسن، وجعله شاملاً حتى للصور المعاصرة، فهو آلة للمجتهد يستعين بها على فتواه، وما يتوصل إليه من الأحكام.

الثالثة: الشرط الجزائي معاملة معاصرة مستحدثة في شتى جوانب الحياة، يضعها الناس في عقودهم كي يعطيهم الثقة والاطمئنان للمشترط في تنفيذ العقد وعدم الإخلال به، فان أبرز المعاني التي يتضمنها الشرط الجزائي التعويض والالتزام، ويأتي بعد ذلك التوثيق.

عدم جواز تقدير التعويض قبل وقوع الضرر وفق القياس الظاهر الجلي، ولكن الشريعة الإسلامية عالجت التعويض عن احتمالية الضرر بالعدل والإنصاف، وذلك بترك تقدير التعويض إلى حين وقوع الضرر، بترجيح القياس الخفي على غيره.

الرابعة: تعتبر صكوك الإجارة أداة متميزة للسياسة النقدية في هذا العصر، باعتبارها أوراقاً ماليةً، تستخدم في تحقيق زيادة كمية النقود الموجودة في السوق، حيث تمثل صك الإجارة مبلغاً معيناً من النقود، تدرُّ عائداً محدداً بعقد الإجارة.

الخامسة: مصدر الاستصلاح ما له من مرونة التشريع، حيث أغنى الفقه الإسلامي بكثير من الأحكام الشرعية، لعديد من الحوادث التي فيها جلب المنفعة أو دفع المفسدة، لم يشهد لها شاهد بالاعتبار أو الإلغاء، وإنما شهد لها ما فيها من الحكمة المترتبة عليها سلباً كالسندات، أو إيجاباً كالأسهم.

السادسة: لا يوجد محذور شرعي في قيام جهة مالية معينة بتسويق الأسهم الجديدة وتقديم التسهيلات التجارية، ولذلك فالأصل فيها الحل إلا إذا كانت طبيعة الأسهم مخالفة للشرع كأسهم الامتياز بالمال، أو أن محلها ونشاطها محرم كالنوع الأول، ولذلك اعتبر النفع المتحقق من قبل المصالح الراجحة التي تندرج ضمن المصالح التي شهد الشرع باعتبارها.

السابعة: وفي نطاق السندات، حيث بما أنها تقوم على القرض بفائدة فإنها محرمة، فلا يجوز التعامل بها تأسيساً ولا بيعاً ولا شراءً، لأنها من عقود الربا، فالواجب ردها إلى أصحابها،

ولذلك اعتبر النفع القليل من خلالها من قبل المصالح المرجوحة أو المغلوبة التي تندرج ضمن المصالح الملغاة، وتتساوى مع المصالح الوهمية تماماً.

الثامنة: أوصي اعتماد البدائل الشرعية الصحيحة الموافقة للأدلة بديلاً عن المعاملات المحرمة، وألا يكون طلب الربح الوفير أو السريع من أسباب التساهل في صياغة عقود المعاملات والبيوع الاستثمارية، سواء على مستوى الفرد أو على مستوى الشركات المالية.

التاسعة: العناية ببحث الموضوعات المستجدة فيما يتعلق بالمسائل الاقتصادية، مما يساعد على تحرير هذه المسائل ونضوجها، تتناسب مع مستوى الجانب الاقتصادي المعاصر للبلدان العربية، إذ في ذلك من الأخذ بأسباب القوة والظهور ما لا يخفي.

ومن شأن المسائل الحادثة التي لم يسبق للعلماء بحث فيها أن تكون صعبة التصور، فتحتاج إلى قدر أكبر من التأني والتأمل، وألا يصدر حكماً بشأنها إلا بعد أن يغلب على ظنه أنه تصورها تصوراً صحيحاً، لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره.

العاشرة: ومن المصادر التي بُحثتْ سد الذرائع، فلا عبرة بكل ما يصادم نصاً تشريعياً أو أصلاً متفقاً عليه من جميع جوانبه، سواء كان المصادم مصلحة أم استحساناً أم عرفاً أم غير ذلك، لأن المصلحة فيه عندئذٍ تكون وهمية طالما أنه يصطدم نصاً ثابتاً، أو أصلاً من أصول التشريع، فلا شك أنه مرفوضٌ ومردودٌ.

الحادية عشرة: حمل الفقهاء على القول بسد الذرائع خوفهم من التلاعب على أحكام الشريعة، فقالوا به احتياطاً في شرع الل، فما بالك إذا كان القصد صريحاً بعد النظر والتأمل عن التطبيقات المعاصرة للتورق المصرفي المنظم، حيث يجري وفق منظومة مستحدثة طريقاً للاقتراض غير المشروع بربا صريح واضح.

الثانية عشرة: عدم الإفراط في القول بالمصلحة إذا عارضت النصوص القطعية، وتتبع الرخص والتلفيق بين المذاهب، فقد توصلت إلى تحريم عقد التأمين التجاري بكونه عقداً من عقود الربا والغرر وهو حرام، لأن المؤمن له إذا أخذ مثل ما دفع كان ربا نسيئة، وإن أخذ أكثر مما دفع كان فيه ربا فضل ونسيئة، وإن لم يأخذ وقع في الغرر، فيُعد العقد من التحايل الفقهي على أوامر الشرع.

الثالثة عشرة: مصدر فتح الذرائع متفق عليه في الجملة، ومقبول شرعاً ما دامتْ الذريعة تنحدر إلى مآل مشروع، بمبدأ كونه مورد الاجتهاد الذي تختلف عليه المدارك والأفهام، وتتباين فيه الأقوال، مع مراعاة نتائج التصرفات، فلا تثريب ولا تشديد ما دام أن المجتهد قد اجتهد وسعه، وأعمل فكره، وراعى المقاصد، ووازن بين المصالح والمفاسد.

الرابعة عشرة: التورق الفردي تحدث عنه الفقهاء قديماً من غير إطلاق تسمية خاصة به، وجرى استعماله وتطبيقه في بعض المصارف الإسلامية، كبديل شرعي للقرض الربوي، لأن الشريعة تنظر إلى غايات الاشياء ومآلاتها، فإذا وقعت سائر عقوده ووعوده على الوجه الشرعي، فهذا دليل قاطع في الأخذ بمصدر فتح الذرائع.

الخامسة عشرة: توصلت بأن عقد التأمين التعاوني بصورتيه المبسطة والمركبة، وقد بذلت جهداً للوصول لكيفية صرف مبالغ التأمين، فوجدتها تصرف بطريقة مشروعة بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الغراء، باعتباره تبرع بدفع مبلغ لتعويض خسائر الخطر في صندوق للطوارئ.

ومن مميزات التأمين التعاوني يسعى لتحقيق التعاون بين أفراد المجتمع وتحمل المسؤولية عند نزول الكوارث، لا يستهدفون تجارةً ولا ربحاً من أموال غيرهم، وإنما يقصدون توزيع الأخطار بينهم والتعاون على تحمل الضرر مع خلوه من المحظورات، فلا يتذرع بالذرائع المنهي عنها، فيفتح للحاجة والمصلحة الراجحة.

السادسة عشرة: العرف والقول به على ما عرف بيانه بكونه مصدراً خصباً فياضاً، يكسب التشريع تلاؤماً مع كل بيئة وزمن، ولا يترك التشريع جامداً غريباً، عما يألفه الناس ويتعارفوه، بل يجعلهم على صلة دائمة بمصادره الأصلية وينابيعه الأساسية، مع المحافظة على رعاية مصالح الناس ورفع الحرج عن تصرفاتهم، إذ إن الناس لا يتعارفون إلا ما هم في حاجة مآسة إليه، وما هو أساسيٌّ في حياتهم.

السابعة عشرة: أثر العرف يمتد ليملأ مساحةً واسعةً رحبةً من فقه المعاملات المالية، وينبني على قاعدته مسائل وتطبيقاتٌ متشعبةٌ لا يكاد يُحصى عددها ولا ينتهي تحدُّدها، وعقد الاستصناع منها، والعرف هو المرجع في تحقيق التعامل، ولهذا يشترط أن يكون العرف المجوز لعقد الاستصناع في كل ما ينضبط المقصود منه بالوصف، وكونه عرفاً عاماً.

الثامنة عشرة: ينبغي للجهات المعنية بالعقود المالية المعاصرة، كالمصارف والغرف التجارية ومجالس المحافظات تدوين الأعراف التجارية والعوائد، وما يجري في تطبيق مطلقات العقود بين الأطراف المشتركة في عقد الاستصناع، وتحديد الالتزامات والحقوق العقدية بذكر الأمثلة والتطبيقات، لكن ذلك مشروطٌ بأن يكون تحت إشراف الجهات الشرعية وبأمرها، وأن يكون اعضاء اللجنة لهذه الأعراف والعوائد خبراء لا حكّاماً، إذ المصارف والجهات التجارية ونحوها ليست جهة حُكم أو قضاء.

التاسعة عشرة: عقد التوريد يتعلق بأفعال المورِّد للطرف الآخر بتعهده خدمات موصوفة، وهي تتغير من حال إلى حال، وتنمو وتتسع على مرِّ الأزمان من وقائع ونوازل واحداث، فيأتي دور العرف ليرشد نمو التشريع وتطوره، مع مقتضيات الزمان وملاحقة التطور البشري، ليوصلهم إلى مقاصد الناس في تصرفاتهم، وفق التقدم الحاصل للحاجة العامة، بشرط خلوه من المحظورات فيما يتعلق بأصل العقد ومقوماته.

العشرون: بالنظر لحاجة الناس إلى عقد التوريد، وعموم البلوى به، وانتشاره في القوانين والأعراف الحديثة، وخلوه من الموانع الشرعية، فيجب الوفاء به، انطلاقاً من المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، واستناداً في ذلك هو العرف الجاري في هذا المقام، فلا محذور فيه.

المصادر والمراجع

القران الكريـــم

١) أبحاث حول أصول الفقه تاريخه وتطوره، د. سعيد الخن، دار الكلم الطيب، دمشق، ط/ الأولى- ١٤٢٠ه- ٢٠٠٠م.

٢) الإبهاج في شرح المنهاج، تقي الدين أبو الحسن علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام بن حامد السبكي وولده تاج الدين أبو نصر عبد الوهاب، دار الكتب العلمية – بيروت- ١٤١٦هـ، ١٩٩٥م.

٣) إتحاف الخيرة المهرة بزوائد المسانيد العشرة، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن أبي بكر بن إسماعيل بن سليم بن قايماز بن عثمان البوصيري الكناني الشافعي (المتوفي: ٨٤٠هـ)، المحقق: دار المشكاة للبحث العلمي بإشراف أبو تميم ياسر بن إبراهيم، دار النشر: دار الوطن للنشر، الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩م.

٤) أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، د. مصطفي ديب البُغا، دار القلم- دمشق، ط/ الثالثة، ١٤٢٠ه، ١٩٩٩م.

٥) الإجماع في الشريعة الإسلامية، رشدي عليان، الجامعة الإسلامية، الطبعة: السنة العاشرة، العدد الأول، جمادى الأخرة ١٣٩٧هـ مايو - يونية ١٩٧٧ م.

٦) أحكام الالتزام – دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني-، جلال علي العدوي، الدار الجامعية/ الإسكندرية، دون طبعة سنة ١٩٨٦م.

٧) أحكام الالتزام آثار الحق في القانون المدني دراسة مقارنة، عامر محمود الكسواني، دار الثقافة، عمان، سنة ٢٠٠٨م.

٨) الأحكام السلطانية، للفراء (المتوفي : ٤٥٨هـ)، صححه وعلق عليه : محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية - بيروت ، لبنان، الطبعة : الثانية ، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠م.

٩) الأحكام العامة طبقا لقانون التأمين و التأمين الجديد، د. إبراهيم أبو النجا؛ الجزء الأول، دار النشر د. م. ج ١٩٨٩م.

١٠) أحكام القرآن، أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي، المحقق: محمد صادق القمحاوي، دار إحياء التراث العربي – بيروت - تاريخ الطبع: ١٤٠٥ هـ.

١١) أحكام القرآن، القاضي محمد بن العربي المعافري الاشبيلي المالكي (المتوفي: ٥٤٣هـ)، وعلَّق عليه: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، الطبعة: الثالثة، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣م.

١٢) الأحكام في أصول الأحكام، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفي: ٤٥٦هـ)، المحقق: الشيخ أحمد محمد شاكر، دار الآفاق الجديدة، بيروت.

١٣) الأحكام في أصول الأحكام، علي بن محمد الآمدي، دار الكتاب العربي – بيروت، تحقيق : د. سيد الجميلي، الطبعة الأولى ، ١٤٠٤ه.

١٤) الاختيار، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي (المتوفي: ٦٨٣ه) - مطبعة الحلبي – القاهرة - ١٣٥٦ هـ.

١٥) إدارة البنوك وصناديق الاستثمار وبورصات الأوراق المالية، د. محمد سويلم، دار الهاني للطباعة.

١٦) إدارة الخطر والتأمين، الدكتور سلمان زيدان، دار المناهج للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى ١٤٣٣ه/٢٠١٣م.

١٧) ادارة الخطر والتأمين، سليم علي الوردي، دار الكتب والوثائق المكتبة الوطنية، بغداد، ١٩٩٩م.

١٨) إدارة الخطر والتأمين، منظور إداري كمِّي وإسلامي، الدكتور هاني جزاع إرتيمه والدكتور سأمر محمد عكور، دار الحامد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى/ ١٤٣١ه- ٢٠١٠م.

١٩) ادب القاضي، علي بن حبيب الماوردي، تحقيق محيي هلال السرحان، مطبعة الارشاد/ بغداد، ١٣٩١هـ
٢٠) إرشاد الفحول، محمد بن علي بن محمد الشوكاني اليمني (المتوفي: ١٢٥٠هـ)، المحقق: الشيخ أحمد عزو عناية، دمشق/ كفر بطنا، دار الكتاب العربي، الطبعة: الطبعة الأولى ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م
٢١) الإسلام ومشكلاتنا الحاضرة، د. محمد يوسف موسى، المكتب الفني للنشر، القاهرة، ١٩٥٨م.
٢٢) الاسلام والثروة، عبد العزيز الكحلوت، صحيفة الدعوة الإسلامية/ الطبعة الثانية، ١٤٠٢هـ.
٢٣) الاسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي: د. احمد بن محمد الخليل، دار ابن الجوزي – الرياض، الطبعة الثانية/ ١٤١٦ه.
٢٤) أسواق الأوراق المالية، سمير عبد الحميد رضوان، المعهد العالمي للفكر الإسلامي.
٢٥) أسواق النقد والمال، د. محمد البنا، زهراء الشرق، سنة ١٩٩٦م.
٢٦) الاشارة في معرفة الأصول والوجازة في معنى الدليل، الإمام سليمان الباجي الاندلسي المتوفي٤٧٤ه دراسة وتحقيق وتعليق/محمد علي فركوس، دار البشائر الإسلامية.
٢٧) الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفي: ٩٧٠هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان - الطبعة: الأولى ، ١٤١٩ هـ.
٢٨) الأشباه والنظائر، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفي: ٩١١هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م.
٢٩) الأصل الجامع لإيضاح الدرر المنظومة في سلك جمع الجوامع، حسن بن عمر بن عبد الله السيناوني المالكي (المتوفي: بعد ١٣٤٧هـ)، مطبعة النهضة، تونس، الطبعة: الأولى، ١٩٢٨م.
٣٠) أصول الاستنباط، علي تقي الحيدري، مطبعة الرابطة، ط/ الثانية بغداد، ١٩٥٩م.
٣١) أصول السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، دار المعرفة – بيروت
٣٢) الأصول العامة للفقه المقارن، للأستاذ محمد تقي الحكيم، بيروت.
٣٣) أصول الفقه، شمس الدين محمد المعروف بأبن مفلح المقدسي الحنبلي، تحقيق فهد بن محمد السدحان، مكتبة العبيكان/ الرياض، الطبعة الأولى، سنة ١٤٢٠ه/١٩٩٩م.
٣٤) أصول الفقه، محمد رضا المظفر المتوفي(١٩٦٤)، دار النعمان، العراق سنة ١٩٦٦م.
٣٥) أصول الفقه الإسلامي، د. امير عبد العزيز، دار السلام، الطبعة الأولى/١٤١٨ه- ١٩٩٧م.
٣٦) أصول الفقه الميسر، د. شعبان محمد إسماعيل، دار الكتاب الجامعي، الطبعة الأولى، القاهرة، سنة ١٩٩٤م.
٣٧) أصول الفقه في نسيجه الجديد، د. مصطفى الزلمي، شركة الخنساء للطباعة، ط/١٠، ٢٠٠٢م.
٣٨) إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن القيم الجوزية (المتوفي: ٧٥١هـ) تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية – ييروت، الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩١م.
٣٩) إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، المحقق: محمد حامد الفقي، مكتبة المعارف، الرياض، المملكة العربية السعودية.
٤٠) إقامة الدليل على إبطال التحليل، أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني، المحقق: حسنين محمد مخلوف، دار المعرفة، بيروت، لبنان.
٤١) اقتصاديات نقدية: د. هلال درويش، دار المعرفة – بيروت، ط الأولى.
٤٢) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفي: ٩٧٧هـ)، المحقق: مكتب البحوث والدراسات - دار الفكر، دار الفكر – بيروت.
٤٣) الأوراق المالية وأسواق رأس المال، د. منير هندي، طبعة منشأة المعارف- الاسكندرية.
٤٤) البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفي: ٩٧٠هـ)، دار الكتاب الإسلامي - الطبعة: الثانية.
٤٥) البحر المحيط، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (المتوفي: ٧٩٤هـ)، دار الكتبي الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.

٤٦) بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، د. محمد عثمان شبير وأخرون،– دار النفائس – الاردن – ط الأولى، ١٤١٨ه.

٤٧) بحوث في الاقتصاد الإسلامي، د. علي القره داغي، دار البشائر الإسلامية، بيروت- لبنان، ط/الأولى ١٤٢٣ه- ٢٠٠٢م.

٤٨) بحوث في الربا، محمد ابو زهرة – دار الفكر العربي – القاهرة.

٤٩) بحوث في قضايا فقهية معاصرة، القاضي محمد تقي العثماني، دار القلم – دمشق، الطبعة: الثانية، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.

٥٠) بدائع الصنائع، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفي: ٥٨٧هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

٥١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (المتوفي: ٥٩٥هـ)، دار الحديث – القاهرة، الطبعة: بدون طبعة، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.

٥٢) البرهان في أصول الفقه، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين (المتوفي: ٤٧٨هـ)، المحقق: صلاح بن محمد بن عويضة، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان، الطبعة: الطبعة الأولى ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م.

٥٣) بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير المسمى أقرب المسالك، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي (المتوفي: ١٢٤١هـ) - دار المعارف.

٥٤) البناية شرح الهداية، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابى الحنفي بدر الدين العينى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠ هـ.

٥٥) بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، محمود بن عبد الرحمن (أبي القاسم)، أبو الثناء، شمس الدين الأصفهاني (المتوفي: ٧٤٩هـ)، المحقق: محمد مظهر بقا، دار المدني، السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٠٦هـ / ١٩٨٦م.

٥٦) بيان الوهم والإيهام في كتاب الأحكام، علي بن محمد بن عبد الملك الكتامي الحميري الفاسي، أبو الحسن ابن القطان (المتوفي : ٦٢٨هـ)، المحقق : د. الحسين آيت سعيد، دار طيبة – الرياض، الطبعة : الأولى، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.

٥٧) البيان والتحصيل، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفي: ٥٢٠هـ)، حققه: د محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان، الطبعة: الثانية، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨م.

٥٨) تاج العروس من جواهر القاموس، محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني، الملقّب بمرتضى، الزَّبيدي (المتوفي: ١٢٠٥هـ)، المحقق: مجموعة من المحققين، دار الهداية.

٥٩) التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي (المتوفي: ٨٩٧هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٦هـ-١٩٩٤م.

٦٠) التأمين الاجتماعي في ضوء الشريعة الإسلامية، د. عبد اللطيف محمود آل محمود، دار النفائس، الطبعة الأولى/ ١٤١٤ه، ١٩٩٤م.

٦١) التأمين في الشريعة والقانون، د. غريب الجمال، طبعة دار الشرق الأوسط/ جدة، ١٩٧٧م.

٦٢) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون اليعمري (المتوفي: ٧٩٩هـ)، مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة: الأولى، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

٦٣) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي (المتوفي: ٧٤٣ هـ)، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة - الطبعة: الأولى، ١٣١٣هـ.

٦٤) التحرير والتنوير، محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي (المتوفي : ١٣٩٣هـ)، الناشر : الدار التونسية للنشر – تونس، سنة النشر: ١٩٨٤م.

٦٥) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفي محمد، ١٣٥٧ هـ - ١٩٨٣م.

٦٦) تخريج الفروع على الأصول، محمود بن أحمد بن محمود بن بختيار، أبو المناقب شهاب الدين الزَّنْجاني (المتوفي: ٦٥٦هـ)، د. محمد أديب صالح، مؤسسة الرسالة بيروت، الطبعة: الثانية، ١٣٩٨م.
٦٧) تذكرة الحفاظ، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قَايْماز الذهبي (المتوفي: ٧٤٨هـ)، دار الكتب العلمية بيروت-لبنان الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ- ١٩٩٨م.
٦٨) تطور النقود في ضوء الشريعة الإسلامية مع العناية بالنقود الكتابية، د. احمد حسن احمد الحسني، الطبعة الأولى، دار المدني/ جدة، ١٩٨٩م.
٦٩) التعريفات، علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (المتوفي: ٨١٦هـ)، ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية بيروت –لبنان، الطبعة: الأولى ١٤٠٣هـ -١٩٨٣م.
٧٠) تعليل الأحكام، محمد مصطفي شلبي، ط/ الازهر ١٩٤٧م.
٧١) تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، د. إبراهيم الدسوقي ابو الليل، كلية الحقوق، جامعة الكويت، ١٤١٦ه.
٧٢) التغيرات في قيمة النقود والاثار والعلاج في الاقتصاد الإسلامي، د. خليفي عيسى – دار النفائس للنشر والتوزيع – الاردن – ط الأولى – ٢٠١٠م.
٧٣) التفريع، أبو القاسم عبيد الله بن الحسين المعروف بأبن الجَلَّاب، تحقيق ودراسة حسن بن سالم الدهماني، دار الغرب الإسلامي/ بيروت، الطبعة الأولى عام ١٤٠٨ه، ١٩٨٧م.
٧٤) تفسير الجيلاني، سيدي محيي الدين عبد القادر الجيلاني (٥٦١ه)، تحقيق وتخريج وتعليق، أحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية/ بيروت، الطبعة الثانية، ٢٠١٤م.
٧٥) تفسير النسفي، أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود حافظ الدين النسفي (المتوفي: ٧١٠هـ)، حققه وخرج أحاديثه: يوسف علي بديوي، راجعه وقدم له: محيي الدين ديب مستو، دار الكلم الطيب، بيروت- الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م.
٧٦) تفسير مقاتل بن سليمان، أبو الحسن مقاتل بن سليمان بن بشير الأزدي البلخى (المتوفي: ١٥٠هـ)، المحقق: عبد الله محمود شحاته، دار إحياء التراث – بيروت، الطبعة: الأولى - ١٤٢٣ هـ.
٧٧) تفسير المنار، محمد رشيد بن علي رضا بن محمد شمس الدين بن محمد بهاء الدين بن منلا علي خليفة القلموني الحسيني (المتوفي: ١٣٥٤هـ)، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٩٠ م.
٧٨) تنقيح الفصول، أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفي: ٦٨٤هـ)، المحقق: طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، الطبعة: الأولى، ١٣٩٣ هـ - ١٩٧٣م.
٧٩) تهذيب اللغة، محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي، أبو منصور (المتوفي: ٣٧٠هـ)، المحقق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي – بيروت، الطبعة: الأولى، ٢٠٠١م.
٨٠) التورق المصرفي: رياض بن راشد آل رشود، وزارة الأوقاف القطرية، الطبعة الأولى، ١٤٣٤ه/٢٠١٣م.
٨١) التوقيف على مهمات التعاريف، عبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي الحدادي ثم المناوي القاهري (المتوفي: ١٠٣١هـ)، عالم الكتب ثروت-القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٤١٠هـ-١٩٩٠م.
٨٢) تيسير التحرير، محمد أمين بن محمود البخاري المعروف بأمير بادشاه الحنفي (المتوفي: ٩٧٢هـ)، دار الفكر – بيروت.
٨٣) جامع البيان في تأويل القرآن، أبو جعفر الطبري (المتوفي: ٣١٠هـ) - مؤسسة الرسالة الطبعة: الأولى، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠م.
٨٤) جامع بيان العلم وفضله، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (المتوفي: ٤٦٣هـ)، أبي الأشبال الزهيري، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية الطبعة: الأولى، ١٤١٤ هـ.
٨٥) الجامع لأحكام القرآن، تفسير القرطبي (المتوفي : ٦٧١هـ)، أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية – القاهرة، الطبعة : الثانية ، ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م.

٨٦) حاشية ابن الامير على اتحاف المريد شرح جوهرة التوحيد، محمد بن محمد بن احمد السنباوي الازهري (١٢٣٢ه)، دار الكتب العلمية/ بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٢ه- ٢٠٠١م.

٨٧) حاشية البجيرمي على الخطيب، سليمان بن محمد بن عمر البُجَيْرَمِيّ المصري الشافعي (المتوفى: ١٢٢١هـ)، دار الفكر، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.

٨٨) حاشية الجمل شرح المنهج للشيخ زكريا الأنصاري، سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهري، المعروف بالجمل (المتوفى: ١٢٠٤هـ) - دار الفكر.

٨٩) حاشية العطار على شرح جمع الجوامع، حسن العطار الشافعي (المتوفى: ١٢٥٠هـ)، دار الكتب العلمية.

٩٠) الحق في التعويض ومدى انتقاله إلى الخلف العام في إطار الفقه والقانون والقضاء المقارن، أحمد حسن الحمادي، مطبعة دار الثقافة، الدوحة، سنة ١٩٩٥م.

٩١) حقيبة طالب العلم الاقتصادية، د. علي محيي الدين القره داغي، دار البشائر الإسلامية، الطبعة الثانية، ١٤٣٤ه/ ٢٠١٣م.

٩٢) حقيقة بيع التورق الفقهي والتورق المصرفي، د. إبراهيم العبيدي، ط/الأولى، ٢٠٠٨/١٤٢٩م.

٩٣) حوار في الاقتصاد بين الإسلام والماركسية والرأسمالية، د. عبد الله سلوم السامرائي – ساعدت اللجنة الوطنية للاحتفال في الجمهورية العراقية على طبعه – الطبعة الأولى – ١٩٨٤م.

٩٤) الدراية في تخريج أحاديث الهداية، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى : ٨٥٢هـ)، المحقق : السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المعرفة – بيروت.

٩٥) الذخيرة، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: ٦٨٤هـ)، دار الغرب الإسلامي- بيروت، الطبعة: الأولى، ١٩٩٤ م.

٩٦) الربا بين الاقتصاد والدين، عز العرب فؤاد – دراسات في الاسلام يصدرها المجلس الاعلى للشؤون الإسلامية – وزارة الأوقاف مصر – العدد الثالث عشر – ١٩٦٢م.

٩٧) الربا واثره على المجتمع الإنساني، د. عمر سليمان الاشقر، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة – دار النفائس – الاردن – ط الأولى، ١٤١٨ هـ.

٩٨) رد المختار على الدر المختار(حاشية ابن عابدين)، ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: ١٢٥٢هـ)، دار الفكر-بيروت - الطبعة: الثانية ، ١٤١٢ه.

٩٩) الروض المربع شرح زاد المستقنع، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى (المتوفى: ١٠٥١هـ)، دار المؤيد - مؤسسة الرسالة.

١٠٠) روضة الطالبين وعمدة المفتين، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ)، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان، الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ / ١٩٩١م.

١٠١) روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ابن قدامة المقدسي، مؤسسة الريّان للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م.

١٠٢) زاد المعاد، ابن القيم الجوزية (المتوفي: ٧٥١هـ)، مؤسسة الرسالة، بيروت - مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، الطبعة: السابعة والعشرون ، ١٤١٥هـ /١٩٩٤م.

١٠٣) زاد المعاد في هدي خير العباد، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: ٧٥١هـ)، مؤسسة الرسالة، بيروت - مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، الطبعة: السابعة والعشرون ، ١٤١٥هـ، ١٩٩٤م.

١٠٤) الزاهر، محمد بن أحمد بن الأزهري، طبعة/ وزارة الأوقاف بالكويت، ١٣٩٩ه.

١٠٥) الزاهر في معاني كلمات الناس، محمد بن القاسم بن محمد بن بشار، أبو بكر الأنباري (المتوفى: ٣٢٨هـ)، المحقق: د. حاتم صالح الضامن، مؤسسة الرسالة – بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٢ هـ -١٩٩٢م.

١٠٦) سد الذرائع في الشريعة الإسلامية، محمد هشام البرهاني، دار الفكر/ دمشق، الطبعة الأولى، ١٩٨٥م.

١٠٧) سندات الإجارة والاعيان المؤجرة، د. منذر قحف، طبعة المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب/جدة سنة ١٤١٥هـ.
١٠٨) سنن الترمذي، تحقيق وتعليق: محمد فؤاد عبد الباقي، شركة مكتبة ومطبعة مصطفي البابي الحلبي – مصر، الطبعة: الثانية، ١٣٩٥ هـ - ١٩٧٥م.
١٠٩) السنن الصغير، البيهقي، دار النشر: جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي ـ باكستان - الطبعة: الأولى، ١٤١٠هـ - ١٩٨٩م.
١١٠) السنن الكبرى، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفي: ٤٥٨هـ)، المحقق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنات - الطبعة: الثالثة، ١٤٢٤ هـ.
١١١) السياسة الشرعية، ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (المتوفي: ٧٢٨هـ)، وزارة الشئون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد - المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ.
١١٢) سير أعلام النبلاء، شمس الدين أبو عبد الله الذهبي (المتوفي: ٧٤٨هـ)، دار الحديث- القاهرة، الطبعة: ١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م.
١١٣) شبهات معاصرة لاستحلال الربا، محمد الشباني، دار عالم الكتب، ١٤١٢ه.
١١٤) شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح، سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، تحقيق زكريا عميرات دار الكتب العلمية، سنة النشر ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م بيروت.
١١٥) شرح تنقيح الفصول، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفي: ٦٨٤هـ)، المحقق: طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، الطبعة: الأولى، ١٣٩٣ هـ - ١٩٧٣م.
١١٦) شرح حدود ابن عرفة، محمد بن قاسم الأنصاري، أبو عبد الله، الرصاع التونسي المالكي (المتوفي: ٨٩٤هـ)، المكتبة العلمية، الطبعة: الأولى، ١٣٥٠ه.
١١٧) شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهري، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الثقافة الدينية – القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
١١٨) شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، أحمد عبد الدائم، منشورات جامعة حلب، دون طبعة، سنة ٢٠٠٣م.
١١٩) شرح القواعد الفقهية، أحمد بن الشيخ محمد الزرقا [١٢٨٥هـ - ١٣٥٧هـ]، صححه وعلق عليه: مصطفي أحمد الزرقا، دار القلم - دمشق / سوريا، الطبعة: الثانية، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م.
١٢٠) شرح مختصر المنتهى، عضد الدين الإيجي الشيرازي الشافعي، مطبعة الاميرية، سنة ١٣١٦-١٣١٧هـ.
١٢١) شرح مختصر الروضة، سليمان الطوفي، المحقق : عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط/الأولى ، ١٤٠٧ هـ / ١٩٨٧ م.
١٢٢) شرح مختصر خليل للخرشي، محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله (المتوفي: ١١٠١هـ)، دار الفكر للطباعة – بيروت.
١٢٣) شرح السنة، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي (المتوفي: ٥١٦هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط-محمد زهير الشاويش، المكتب الإسلامي - دمشق، بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
١٢٤) شرح الكوكب المنير، تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي المعروف بابن النجار الحنبلي (المتوفي: ٩٧٢هـ)، المحقق: محمد الزحيلي ونزيه حماد، مكتبة العبيكان، الطبعة الثانية ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
١٢٥) الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله، د. أسامة الحموي، مطبعة الزرعي/ دمشق، الطبعة الأولى، ١٤١٨ه.

١٢٦) الشركات التجارية في القانون المصري المقارن، د. أبو زيد رضوان، طبعة دار الفكر العربي، القاهرة/ ١٩٨٩م.
١٢٧) شركات المساهمة، أبو زيد رضوان، دار الفكر العربي، سنة ١٩٨٣م.
١٢٨) شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل، الغزالي، تحقيق حمد الكبيسي، إحياء التراث الإسلامي، مطبعة الارشاد/ بغداد، ١٣٩٠ه، ١٩٧١م.
١٢٩) شهادات الاستثمار وفوائد البنوك، محمد ياقوت، دار الفرقان، سنة ١٤١١ه
١٣٠) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (المتوفي: ٣٩٣هـ)، دار العلم للملايين – بيروت - الطبعة: الرابعة ١٤٠٧.
١٣١) صكوك الإجارة دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية، حامد بن حسن ميرة، دار الميمان للنشر، الطبعة الأولى/ ١٤٢٩ه، ٢٠٠٨م.
١٣٢) صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ.
١٣٣) صحيح مسلم، بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي – بيروت.
١٣٤) الضمان الاجتماعي، د. محمد حجير، دراسة مقارنة، القاهرة/ دار الهنا للطباعة والنشر، ١٩٥٦م.
١٣٥) الضمان في الفقه الإسلامي، الشيخ علي الخفيف، دار الفكر العربي، القاهرة/ مصر، ٢٠٠٠م.
١٣٦) ضوابط الترجيح عند وقوع التعارض لدى الأصوليين، بن يونس الولي، النشر اضواء السلف، الطبعة الأولى/ ١٤٢٥ه، ٢٠٠٤م.
١٣٧) ضوابط المصلحة، د. محمد سعيد رمضان البوطي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط/ الثانية، ١٩٧٧م.
١٣٨) الطبقات الكبرى، محمد بن سعد بن منيع الهاشمي بالولاء، البصري، البغدادي المعروف بابن سعد، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية – بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٠ هـ - ١٩٩٠م.
١٣٩) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ابن قيم الجوزية، مكتبة دار البيان، بدمشق، ١٤١٠ه.
١٤٠) طلبة الطلبة، عمر بن محمد بن أحمد بن إسماعيل، أبو حفص، نجم الدين النسفي (المتوفي: ٥٣٧هـ)، المطبعة العامرة، مكتبة المثنى ببغداد، النشر: ١٣١١هـ.
١٤١) العدة في أصول الفقه، القاضي أبو يعلى، حققه وعلق عليه وخرج نصه : د أحمد بن علي بن سير المباركي، الطبعة : الثانية ١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م.
١٤٢) عمدة القاري شرح صحيح البخاري، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابى الحنفي بدر الدين العينى (المتوفي: ٨٥٥هـ)، دار إحياء التراث العربي – بيروت.
١٤٣) العناية شرح الهداية - محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرتي (المتوفي: ٧٨٦هـ) الناشر: دار الفكر.
١٤٤) عون المعبود شرح سنن أبي داود، محمد أشرف بن أمير بن علي بن حيدر، أبو عبد الرحمن، شرف الحق، العظيم آبادي (المتوفي: ١٣٢٩هـ)، دار الكتب العلمية – بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٥ه.
١٤٥) العين، أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري (المتوفي: ١٧٠هـ)، المحقق: د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال.
١٤٦) غاية الابرار شرح متن المنار، الشيخ نوري الحنفي، الطبعة/الأولى ٢٠١٤.
١٤٧) الغرر وأثره في العقود، الصديق الضرير، ١٣٨٦ه، ١٩٩٤م.
١٤٨) الغرر وأثره في العقود، د. محمد الأمين الضرير، مطبوعات مجموعة دلة البركة/جدة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٤م.

١٤٩) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، أحمد بن محمد مكي، أبو العباس، شهاب الدين الحسيني الحموي الحنفي (المتوفي: ١٠٩٨هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
١٥٠) غريب الحديث، البستي المعروف بالخطابي (المتوفي: ٣٨٨هـ)، المحقق: عبد الكريم إبراهيم الغرباوي، وخرج أحاديثه: عبد القيوم عبد رب النبي، دار الفكر، الطبعة: ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م.
١٥١) فتاوى ابن الصلاح، عثمان بن عبد الرحمن، المعروف بابن الصلاح (المتوفي: ٦٤٣هـ)، المحقق: د. موفق عبد الله عبد القادر، مكتبة العلوم والحكم ، عالم الكتب – بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٧ه.
١٥٢) فتاوى الزرقا، مصطفي أحمد الزرقا، بعناية مجد مكي، دار القلم/ دمشق، ١٤٢٠ه، ١٩٩٩م.
١٥٣) الفتاوى الكبرى لابن تيمية، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٧م.
١٥٤) فتح الباري، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي - دار المعرفة – بيروت، ١٣٧٩ه، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب.
١٥٥) فتح الذرائع وأثره في الفقه الإسلامي، د. محمد رياض الطبقجلي، دار الفجر للطباعة/ العراق، الطبعة الأولى، ٢٠١١م.
١٥٦) فتح العزيز بشرح الوجيز، عبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني (المتوفي: ٦٢٣هـ)، دار الفكر.
١٥٧) فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام (المتوفي: ٨٦١هـ)، دار الفكر.
١٥٨) الفروع، محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي الرامينى ثم الصالحي الحنبلي (المتوفي: ٧٦٣هـ)، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣م.
١٥٩) الفروع وتصحيح الفروع، محمد بن مفلح شمس الدين المقدسي الرامينى ثم الصالحي الحنبلي (المتوفي: ٧٦٣هـ)، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي - مؤسسة الرسالة - الطبعة: الأولى ١٤٢٤ هـ.
١٦٠) الفروق، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفي: ٦٨٤هـ)، عالم الكتب.
١٦١) الفقه الإسلامي وادلته، د. وهبه الزحيلي – دار الفكر - سوريَّة – دمشق، الطَّبعة الرَّابعة.
١٦٢) الفقه البيوع على المذاهب الأربعة مع تطبيقاته المعاصرة مقارناً بالقوانين الوضعية، محمد تقي العثماني، مكتبة معارف القران، باكستان، سنة ١٤٣٦ه/٢٠١٥م.
١٦٣) فقه الزكاة، الدكتور يوسف القرضاوي، مؤسسة الرسالة – بيروت – ط الخامسة، ١٤٠١ هـ.
١٦٤) فقه المعاملات الحديثة، د. عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، الطبعة الأولى، دار ابن الجوزي، الدمام، السعودية، ١٤٢٦م.
١٦٥) الفقه على المذاهب الأربعة، عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري (المتوفي: ١٣٦٠هـ)- دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان- الطبعة: الثانية، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م.
١٦٦) القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، الدكتور سعدي أبو حبيب، دار الفكر. دمشق – سورية، الطبعة: الثانية ١٤٠٨ هـ = ١٩٨٨م.
١٦٧) القانون الإداري، د. خالد خليل الظاهر، دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان/ ١٤١٧ه، ١٩٩٧م.
١٦٨) القانون التجاري، د. عزيز العكيلي، مكتبة دار الثقافة، الاردن/ عمان، ١٩٩٧م.
١٦٩) القانون التجاري، الدكتور علي حسن يونس، دار الفكر العربي/ مصر، ١٩٥٩م.
١٧٠) القانون التجاري شركات الاموال، مصطفي كمال طه، مؤسسة الثقافة الجامعية، سنة ١٩٨٢م.
١٧١) القبس على الموطأ، لابن العربي، طبعة/ دار الغرب الإسلامي، بيروت، سنة ١٩٩٢م.

١٧٢) قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، القرارات من الأول إلى الثاني بعد المائة، (١٣٩٨- ١٤٢٤هـ).
١٧٣) قواطع الأدلة في الأصول، منصور بن محمد بن عبد الجبار ابن أحمد المروزى السمعاني التميمي الحنفي ثم الشافعي (المتوفي: ٤٨٩هـ)، المحقق: محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ/١٩٩٩م.
١٧٤) قواعد الأحكام في مصالح الانام، أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، الملقب بسلطان العلماء (المتوفي: ٦٦٠هـ)، راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية – القاهرة، ١٤١٤ هـ - ١٩٩١م.
١٧٥) قواعد الأصول ومعاقد الفصول وهو مختصر لكتاب تحقيق الأمل في علمي الأصول والجدل، صفي الدين عبد المؤمن بن كمال البغدادي الحنبلي(٦٥٨-٧٣٩هـ)، تحقيق وتعليق د. علي عباس الحكمي، الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ-١٩٨٨م.
١٧٦) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، د. محمد مصطفي الزحيلي، دار الفكر – دمشق، الطبعة: الأولى، ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م.
١٧٧) القواعد الكبرى، العز بن عبد السلام، طبعة/ دار القلم، دمشق سنة ١٤٢١هـ.
١٧٨) القواعد النورانية الفقهية، لابن تيمية، حققه وخرج أحاديثه: د أحمد بن محمد الخليل، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ.
١٧٩) القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، عبد الرحمن بن صالح العبد اللطيف، الناشر: عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٣هـ/٢٠٠٣م.
١٨٠) الكافي في فقه الإمام أحمد، موفق الدين المقدسي، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤ م.
١٨١) كشاف القناع عن متن الاقناع، منصور بن يونس البهوتى الحنبلى - دار الكتب العلمية.
١٨٢) كشف الأسرار البزدوي، عبد العزيز البخاري (المتوفي : ٧٣٠هـ)، المحقق : عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية –بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ/١٩٩٧م.
١٨٣) لسان العرب، محمد بن منظور الأفريقي المصري/ دار صادر – بيروت، الطبعة الأولى.
١٨٤) اللمع، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفي: ٤٧٦هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية ٢٠٠٣ م - ١٤٢٤ هـ.
١٨٥) مبادئ الوصول إلى علم الأصول، ابو منصور جمال الدين الحسن بن يوسف الحلي (٦٤٨-٧٢٦هـ)، تعليق وتحقيق عبد الحسين محمد علي البقال، دار الاضواء، الطبعة الثانية/ ١٤٠٦هـ، ١٩٨٦م.
١٨٦) مبدأ الرضا في العقود، د، علي محيي الدين القره داغي، دار البشائر الإسلامية، الطبعة/الأولى، ١٩٨٥.
١٨٧) المبدع في شرح المقنع، برهان الدين (المتوفي: ٨٨٤هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان - الطبعة: الأولى، ١٤١٨ هـ.
١٨٨) المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفي: ٤٨٣هـ)، دار المعرفة – بيروت تاريخ النشر: ١٤١٤هـ-١٩٩٣م.
١٨٩) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده، يعرف بداماد أفندي (المتوفي: ١٠٧٨هـ)، دار إحياء التراث العربي.
١٩٠) مجمع الضمانات، أبو محمد غانم بن محمد البغدادي الحنفي (المتوفي: ١٠٣٠هـ)، دار الكتاب الإسلامي.
١٩١) مجموع الفتاوى، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم الحراني (المتوفي: ٧٢٨هـ) - مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، ١٩٩٥م.
١٩٢) المجموع شرح المهذب، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، دار الفكر.

١٩٣) المحصول، أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري (المتوفي: ٦٠٦هـ)، دراسة وتحقيق: الدكتور طه جابر فياض العلواني، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الثالثة، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧م.
١٩٤) المحلى بالآثار، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفي: ٤٥٦هـ)، دار الفكر – بيروت.
١٩٥) المحكم والمحيط الأعظم، أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي [ت: ٤٥٨هـ]، المحقق: عبد الحميد هنداوي، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠م.
١٩٦) المحيط البرهاني في الفقه النعماني، أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مَازَةَ البخاري الحنفي (المتوفي: ٦١٦هـ)، المحقق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤ م.
١٩٧) مختصر الفتاوى المصرية، محمد بن علي بدر الدين البعليّ (المتوفي: ٧٧٨هـ)، المحقق: محمد حامد الفقي، دار ابن القيم - الدمام – السعودية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٦ – ١٩٨٦م.
١٩٨) المدخل إلى الاقتصاد الإسلامي، د. علي محيي الدين القره داغي، دار البشائر الإسلامية– الطبعة الثانية – ١٤٣١هـ.
١٩٩) المدخل إلى دراسة المذاهب الفقهية، على جمعة محمد عبد الوهاب، دار السلام – القاهرة، الطبعة: الثانية - ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠١م.
٢٠٠) مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفي : ٤٥٦هـ)، دار الكتب العلمية – بيروت.
٢٠١) مراقي الفلاح، حسن الشرنبلالي الحنفي (المتوفي: ١٠٦٩هـ)، المكتبة العصرية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٥ م.
٢٠٢) مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه، إسحاق بن منصور بن بهرام، أبو يعقوب المروزي، المعروف بالكوسج (المتوفي: ٢٥١هـ)، عمادة البحث العلمي، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٢م.
٢٠٣) المستصفي، الغزالي،، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.
٢٠٤) مسند أبي يعلى، أبو يعلى أحمد بن علي بن المثُنى بن يحيى بن عيسى بن هلال التميمي، الموصلي (المتوفي: ٣٠٧هـ) - المحقق: حسين سليم أسد - الناشر: دار المأمون للتراث – دمشق - الطبعة: الأولى، ١٤٠٤ – ١٩٨٤.
٢٠٥) مسند الإمام أحمد بن حنبل، المحقق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠١م.
٢٠٦) مسند الإمام الشافعي، الشافعي – باب ما جاء في المظالم، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان - ١٣٧٠ هـ.
٢٠٧) مشارق الأنوار على صحاح الآثار، عياض بن موسى بن عياض بن عمرون اليحصبي السبتي، أبو الفضل (المتوفي: ٥٤٤هـ) - المكتبة العتيقة ودار التراث.
٢٠٨) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (المتوفي: نحو ٧٧٠هـ) المكتبة العلمية – بيروت.
٢٠٩) مصادر الأخبار في العهد المدني، أحمد محمد المزعنن، دار صبري للتوزيع/ الرياض، سنة ١٩٩٩م.
٢١٠) المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، د. عبد الرزاق الهيتي، الطبعة الأولى/ عمان، دار أسامة للنشر، ١٩٩٨م.
٢١١) المصارف الإسلامية وما لها من دور مأمول وعملي في التنمية الشاملة، عبد الملك يوسف حمر – ابو ظبي – الامارات.

٢١٢) المصلحة الملغاة في الشرع الإسلامي وتطبيقاتها المعاصرة، د. نور الدين مختار الخادمي، مكتبة الرشد/ رياض السعودية، الطبعة الأولى/ ١٤٢٦ه، ٢٠٠٥م.
٢١٣) المضاربة كما تجريها المصارف الإسلامية وتطبيقاتها المعاصرة، عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، القاهرة/مصر، دار الفكر الجامعي، سنة ٢٠٠٥م.
٢١٤) مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، مصطفي بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيبانى مولدا ثم الدمشقي الحنبلي (المتوفي: ١٢٤٣هـ) - المكتب الإسلامي - الطبعة: الثانية، ١٤١٥هـ.
٢١٥) المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، محمد شبير، دار النفائس، ١٤١٦ه.
٢١٦) المعجم الوسيط، ابراهيم مصطفي وآخرون - مجمع اللغة العربية بالقاهرة - دار الدعوة.
٢١٧) معجم ديوان الأدب، أبو إبراهيم إسحاق بن إبراهيم بن الحسين الفارابي، (المتوفي: ٣٥٠هـ)، تحقيق: دكتور أحمد مختار عمر، مراجعة: دكتور إبراهيم أنيس، طبعة: مؤسسة دار الشعب للصحافة والطباعة والنشر، القاهرة، عام النشر: ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣م.
٢١٨) معجم لغة الفقهاء، محمد رواس قلعجي وحامد صادق قنيبي - دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع الطبعة: الثانية، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م.
٢١٩) المعيار المعرب عن فتأوي علماء إفريقية والأندلس وبلاد المغرب، الونشريسي، طبعة/ دار الغرب الإسلامي، بيروت، سنة ١٤٠١ه.
٢٢٠) المغني، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفي: ٦٢٠هـ)، مكتبة القاهرة.
٢٢١) مغني المحتاج، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي ، دار الكتب العلمية - الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ.
٢٢٢) مفاتيح الغيب، أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري (المتوفي: ٦٠٦هـ) - دار إحياء التراث العربي – بيروت - الطبعة: الثالثة - ١٤٢٠ هـ.
٢٢٣) المفردات في غريب القرآن، الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهانى (المتوفي: ٥٠٢هـ)، المحقق: صفوان عدنان الداودي، دار القلم، الدار الشامية - دمشق بيروت، الطبعة: الأولى - ١٤١٢ ه.
٢٢٤) المقارنات والمقابلات بين أحكام المرافعات والمعاملات والحدود، محمد حافظ صبري، المطبعة الهندية، مصر، الطبعة/ الأولى، سنة ١٣٢٠ه.
٢٢٥) مقاصد الشريعة الإسلامية، محمد الطاهر ابن عاشور – دار السلام – ط الرابعة – ١٤٣٠ هـ.
٢٢٦) مقاييس اللغة، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريّا، المحقق : عبد السّلام محمد هارون، اتحاد الكتاب العرب، ط/ ١٤٢٣ هـ = ٢٠٠٢م.
٢٢٧) المقدمات الممهدات، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفي: ٥٢٠هـ)، دار الغرب الإسلامي، الطبعة: الأولى، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨م.
٢٢٨) مناقصات العقود الإدارية، د. رفيق يونس المصري، دار المكتبي، دمشق/ سوريا، الطبعة الأولى، ١٤٢٠ه.
٢٢٩) المنثور في القواعد الفقهية، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (المتوفي: ٧٩٤هـ)، وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
٢٣٠) منهاج الأصول، محمد ابراهيم الكرباسي، دار البلاغة، الطبعة الأولى/ ١٤١١ه، ١٩٩١م.
٢٣١) منهج استنباط أحكام النوازل الفقهية المعاصرة، مسفِر بن علي بن محمد القحطاني، دار الاندلس الخضراء- جدة، طبعة/الأولى، ١٤٢٤ه.
٢٣٢) الْمُهَذَّبُ في عِلْمِ أصول الفِقْهِ الْمُقَارَنِ، عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، مكتبة الرشد – الرياض، الطبعة الأولى: ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩م.

٢٣٣) المهذب في فقة الإمام الشافعي، إبراهيم بن علي الشيرازي (المتوفي: ٤٧٦هـ)، دار الكتب العلمية.
٢٣٤) الموافقات، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (المتوفي : ٧٩٠هـ)، المحقق : أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ/ ١٩٩٧م.
٢٣٥) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، شمس الدين محمد الطرابلسي المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي (المتوفي: ٩٥٤هـ)، دار الفكر، الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
٢٣٦) الموسوعة الاقتصادية، راشد البراوي، طبعة/ دار النهضة العربية، سنة ١٩٧١م.
٢٣٧) الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الطبعة الأولى، مطابع دار الصفوة – مصر.
٢٣٨) موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، د. علي السالوس –دار القران - مصر – الطبعة السابعة- ٢٠٠٢ م.
٢٣٩) موطأ الإمام مالك، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، صححه ورقمه وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت – لبنان، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٥م.
٢٤٠) النظائر في الفقه المالكي، ابو عمران الفاسي، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ١٤٢١ه.
٢٤١) النظام الاقتصادي في الاسلام، تقي الدين النبهاني، الطبعة الثالث، ١٩٧٢م.
٢٤٢) النظريات الفقهية، د. فتحي الدريني، جامعة دمشق / سوريا، الطبعة الثانية، سنة ١٩٨٩م.
٢٤٣) نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، زكي الدين شعبان، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٨م.
٢٤٤) النظرية العامة للالتزامات، د. عبد المنعم البدراوي، الطبعة سنة ١٩٧١م.
٢٤٥) نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، د. وهبة الزحيلي، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط/الثالثة، ١٤٠٢ه-١٩٨٢م.
٢٤٦) النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الأردني، منذر فضل، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن.
٢٤٧) نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، د. أحمد الريسوني، الدار العالمية للكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية - ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢م.
٢٤٨) نهاية السول شرح منهاج الوصول، للإمام جمال الدين عبد الرحيم الأسنوي، دار الكتب العلمية -بيروت- لبنان، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ- ١٩٩٩م.
٢٤٩) نهاية المطلب في دراية المذهب، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين (المتوفي: ٤٧٨هـ)، حققه وصنع فهارسه: أ. د/ عبد العظيم محمود الدّيب، دار المنهاج، الطبعة: الأولى، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م.
٢٥٠) النهاية في غريب الحديث والأثر، مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد الشيباني الجزري ابن الأثير (المتوفي: ٦٠٦هـ)، المكتبة العلمية - بيروت، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م، تحقيق: طاهر أحمد الزاوى - محمود محمد الطناحي.
٢٥١) النووي شرح صحيح مسلم، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفي: ٦٧٦هـ) - دار إحياء التراث العربي – بيروت - الطبعة: الثانية، ١٣٩٢هـ.
٢٥٢) نيل الأوطار، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (المتوفي: ١٢٥٠هـ)، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، دار الحديث، مصر، الطبعة: الأولى، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.
٢٥٣) الهداية في شرح بداية المبتدي، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين (المتوفي: ٥٩٣هـ)، دار احياء التراث العربي - بيروت – لبنان.

٢٥٤) هدية العارفين أسماء المؤلفين وآثار المصنفين، إسماعيل بن محمد أمين بن مير سليم الباباني البغدادي (المتوفي: ١٣٩٩هـ)، الناشر: طبع بعناية وكالة المعارف الجليلة في مطبعتها البهية استانبول ١٩٥١، أعادت طبعه، دار إحياء التراث العربي بيروت – لبنان.
٢٥٥) الوافي في شرح القانون المدني، د. سليمان مرقس، دار الكتب القانونية مصر، صادر من بيروت/ لبنان، الطبعة الثانية، ١٩٩٢م.
٢٥٦) الوجيز في شرح القانون المدني الأردني – آثار الحقوق الشخصية، دراسة موازنة-، ياسين محمد الجبوري، دار الثقافة، عمان الطبعة الأولى/ ٢٠٠٣م.
٢٥٧) الورق النقدي، القاضي عبد الله بن سليمان بن منيع، مطابع الفرزدق التجارية – الرياض – ط الثانية – ١٩٨٤م.
٢٥٨) الوسيط في الشركات التجارية، علي حسن يونس، دار الفكر العربي.
٢٥٩) الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق أحمد السنهوري، دار النشر للجامعات ١٩٥٢م، ودار النهضة العربية، ١٩٧٠م، القاهرة.
٢٦٠) الوصف المناسب لشرع الحكم، أحمد بن محمود بن عبد الوهاب الشنقيطي، عمادة البحث العلمي، بالجامعة الإسلامية، بالمدينة المنورة، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ.

المجلات والبحوث العلمية

١) أثر الديون ونقود الشركة أو المحفظة على تداول الاسهم والصكوك والوحدات الاستثمارية، د، علي محيي الدين القره داغي، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، جدة السعودية، ١٤٢٤ه.
٢) أحكام التورق وتطبيقاته المصرفية، د. محمد تقي العثماني، بحث مقدم للدورة السابعة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي المنعقدة في مكة المكرمة، سنة ١٤٢٤ه.
٣) بحث مقدم لندوة الاقتصاد الإسلامي، د. عبد العزيز الخياط، معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد، ١٤٠٣ه- ١٩٨٣م.
٤) تطبيقات التورُّق واستخداماته في العمل المصرفي الإسلامي، موسى آدم عيسى، بحث مقدم إلى مؤتمر دور المؤسسات المصرفية الإسلامية، جامعة الشارقة.
٥) التطبيقات المصرفية لعقد التورق، أحمد محيي الدين أحمد، بحث مقدم إلى مؤتمر دور المؤسسات المصرفية الإسلامية، جامعة الشارقة.
٦) التنمية بالسندات المشروعة لاستثمار متوسط وطويل الأجل، د. عبد الستار أبو غدة، بحث ضمن أعمال الندوة الفقهية الخامسة لبيت التمويل الكويتي، ١٤١٩ه.
٧) التورّق كما تجريه المصارف- دراسة فقهية اقتصادية، محمد العلي القريّ، بحث مقدم للدورة السابعة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي المنعقدة في مكة المكرمة، سنة ١٤٢٤ه.
٨) حكم التورق كما تجريه المصارف الإسلامية في الوقت الحاضر، د. الصديق محمد الأمين الضرير، بحث مقدم للدورة السابعة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي المنعقدة في مكة المكرمة، سنة ١٤٢٤ه.
٩) التورّق والتورق المنظم، سامي السويلم، بحث مقدم للدورة السابعة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي المنعقدة في مكة المكرمة، سنة ١٤٢٤ه.
١٠) التورّق كما تجريه المصارف في الوقت الحاضر، عبدالله السعيدي، بحث مقدم للدورة السابعة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي المنعقدة في مكة المكرمة، سنة ١٤٢٤ه.
١١) حكم الشرط الجزائي الوارد على الاعمال وصورة تطبيقه في المصارف الإسلامية، عبد الصمد بلحاجي، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، العدد ١١ سنة ٢٠١١.
١٢) حكم التورق كما تجريه المصارف الإسلامية في الوقت الحاضر، القاضي عبد الله المنيع، بحث مقدم للدورة السابعة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي المنعقدة في مكة المكرمة، سنة ١٤٢٤ه.
١٣) سد الذرائع، محمد علي التسخيري، بحث مقدم إلى الدورة التاسعة لمجمع الفقه الإسلامي، المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية، رسالة التقريب العدد (٦).
١٤) سد الذرائع عند الفقهاء والأصوليين، د. خليفة بابكر الحسن – مجلة مجمع الفقه الإسلامي.

١٥) الشخصية الاعتبارية ذات المسؤولية المحدودة، د. محمد علي القري، بحث منشور في دراسات اقتصادية اسلامية، سنة ١٤١٩ه، المجلد الخامس / العدد ٢.
١٦) صكوك الاستثمار، د. حسين حامد حسان، بحث مقدم لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية بالبحرين.
١٧) عقود التأمين حقيقتها وحكمها، حمد بن حماد بن عبد العزيز الحماد، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنـــــورة الطبعة: السنة السابعه عشر، العدد الخامس والستين، السادس والستين، محرم/جماد الأخرة ١٤٠٥هـ.
١٨) المبادي الاخلاقية في التعامل المالي في أوربا، مصطفي ملا أوغلو – الدورة الثامنة عشرة – دبلن – ١٤٢٩هـ.
١٩) مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، نجيب هواويني، نور محمد، آرام باغ، كراتشي.
٢٠) مجلة البحوث الإسلامية، القاضي عبد الله المنيع ، التأصيل الفقهي للتورق في ضوء الاحتياجات التمويلية المعاصرة.
٢١) المصرفية الإسلامية، قواعد وأسس، إعداد د. إبراهيم العبيدي، الدورة العلمية الرابعة لمجمع الفقهي العراقي للدعوة والإفتاء، ١٤٣٦هـ/٢٠١٥م.
٢٢) المضاربة والمقامرة في بيع وشراء الاسهم، د. علي ابو البصل، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية/ المجلة ٢٥، العدد الثاني سنة ٢٠٠٩م.
٢٣) المعاملات في الإسلام، محمد سيد طنطاوي، مجلة الأزهر، الجزء ١١، ١٩٩٧م.
٢٤) مكونات الأسهم وأثرها على تداولها، د. حسين حامد، بحث مقدم إلى ندوة البركة العشرين للاقتصاد الإسلامي، ماليزيا/ ١٤٢٢هـ.
٢٥) النظام الاقتصادي في الاسلام، محمد عبد اللطيف احمد - دراسات في الاسلام يصدرها المجلس الاعلى للشؤون الإسلامية – وزارة الأوقاف مصر – العدد السابع والاربعون.
٢٦) نظام التأمين: موقعه في الميدان الاقتصادي بوجه عام وموقف الشريعة الإسلامية منه ، مصطفي أحمد الزرقاء، بحث مقدم إلى المؤتمر العالمي الأول للاقتصاد الإسلامي، الطبعة الأولى، جدة سنة ١٤٠٠ه/ ١٩٨٠م.

الرسائل والاطاريح:

١) الجزاءات والضمانات في عقد التوريد في الفقه الإسلامي، محمد يوسف أبو جزر، رسالة لنيل شهادة الماجستير، ٢٠١١م.
٢) الخدمات المصرفية لاستثمار اموال العملاء وأحكامها في الفقه الإسلامي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، يوسف بن عبد الله الشبيلي، المعهد العالي للقضاء، سنة ١٤٢٢ه.
٣) الشرط الجزائي، عبد المحسن سعيد الرويشد، اطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة ١٩٨٣م.
٤) الشرط الجزائي بين الفقه والقانون، جواد محمود بحر، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، جامعة الخليل، ٢٠٠٩م.
٥) عقد المقاولة والتوريد في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، علي عبد الأحمد، الجامعة الأردنية، سنة ١٩٩٥م.

The Republic of Iraq
The presidency of the Sunni Endowment
Faculty greatest forward / university
Department of Islamic Jurisprudence

Conclusion

Praise be to God that His grace is righteous, this is a new reading in the understanding of contemporary issues, closely related to financial transactions contemporary banking, implications and results relating to the business of existing banks on a new approach, So look with an update in times of calamity and facts is finite, and distinguishes it in our time they bear the stamp of the outstanding era complex and tangles, and outstanding as well as scientific inventions and technical revolutions, setting calls to consider and meditation with vomiting effort in the views of scholars and differences in discretionary issues, and gain insight into their evidence and arguments applied to the right and the investigation, This evidence I have chosen for their importance of finding solutions to a great deal but not others, has been marked by both a source of care for two Masrtin place them in banking transactions, according to the impact Btakrejeha accessory guide in the development of the rule of contemporary treatment, since it is intended the fruit behind it, The approval is paving the way for the collection of the provisions of the many facts and contemporary times of calamity, And reached as provisions, the penalty clause and Ijarah, Source reclamation what has the flexibility of legislation, where there is no pitfall illegal in a certain financial point of marketing the new stock and to provide commercial facilities, so the basic principle is the only solution if the nature of the stock contrary to Islam, Within bonds, including where they are based on the interest rate of the loan, it is prohibited, it may not be handled by the Building and selling nor buying, Bore the jurists to say blocked excuses fear of manipulation of the provisions of the law, they said, it reserves the law of God, after consideration and reflection on the contemporary applications of foliate banking regulator, as being in accordance with the updated system a way to borrow illegal Barba frank and clear, as well as come to the prohibition of commercial insurance contract being a contract of usury and ambiguity decades. Fatah sources agreed in the wholesale excuses, and legally acceptable as long as the excuse to descend into the fate of the project, and the balance made between the pros and cons, as a contract singles foliation and cooperative insurance. Say evidence custom, being a fertile source Fayyada, earning legislation suited to each and every time environment, and leaves the legislation static strange, where its impact extends to fill a wide area spacious than the jurisprudence of financial transactions, identification and rights contractual obligations, as a contract Istisna'a and the supply contract, in view of the need for people to them.

Researcher